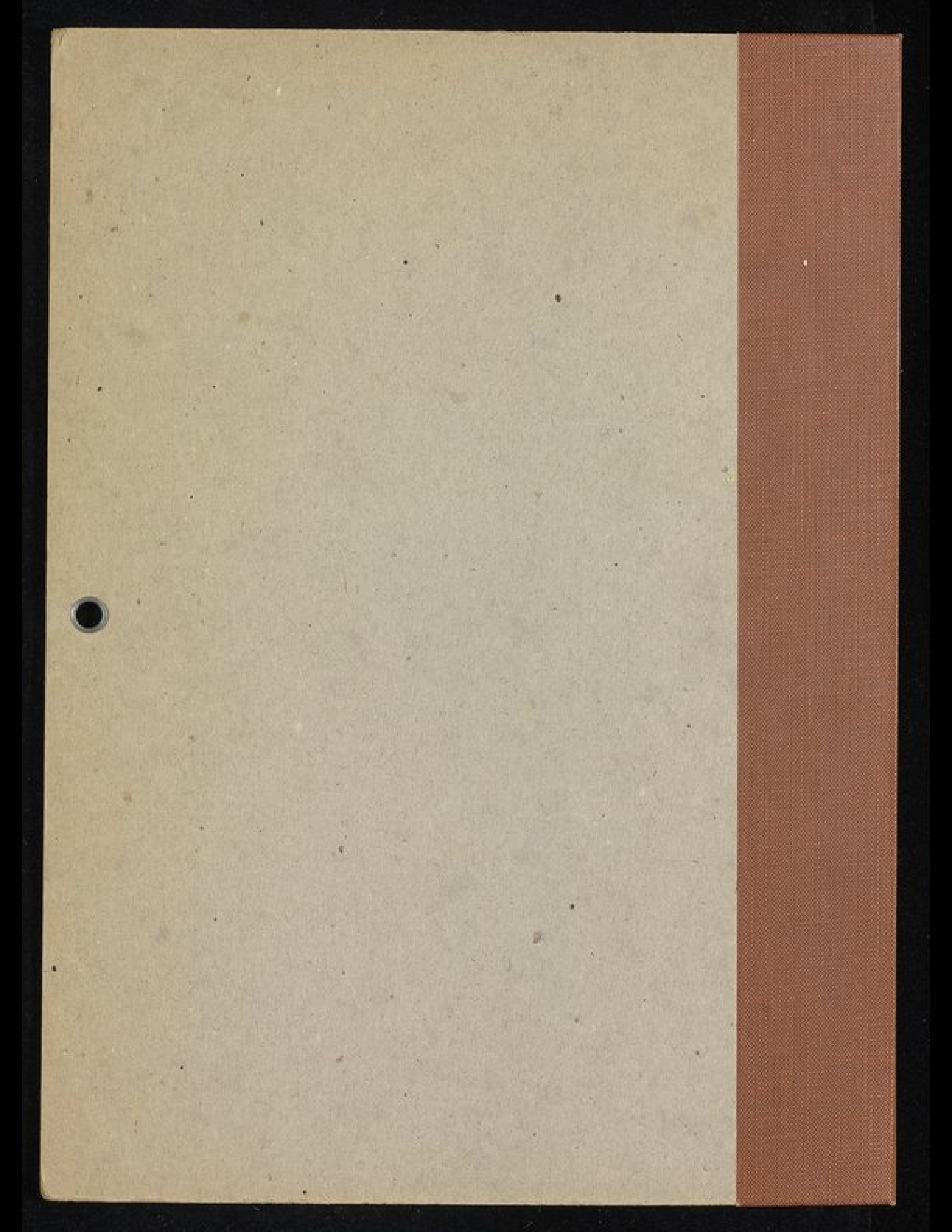
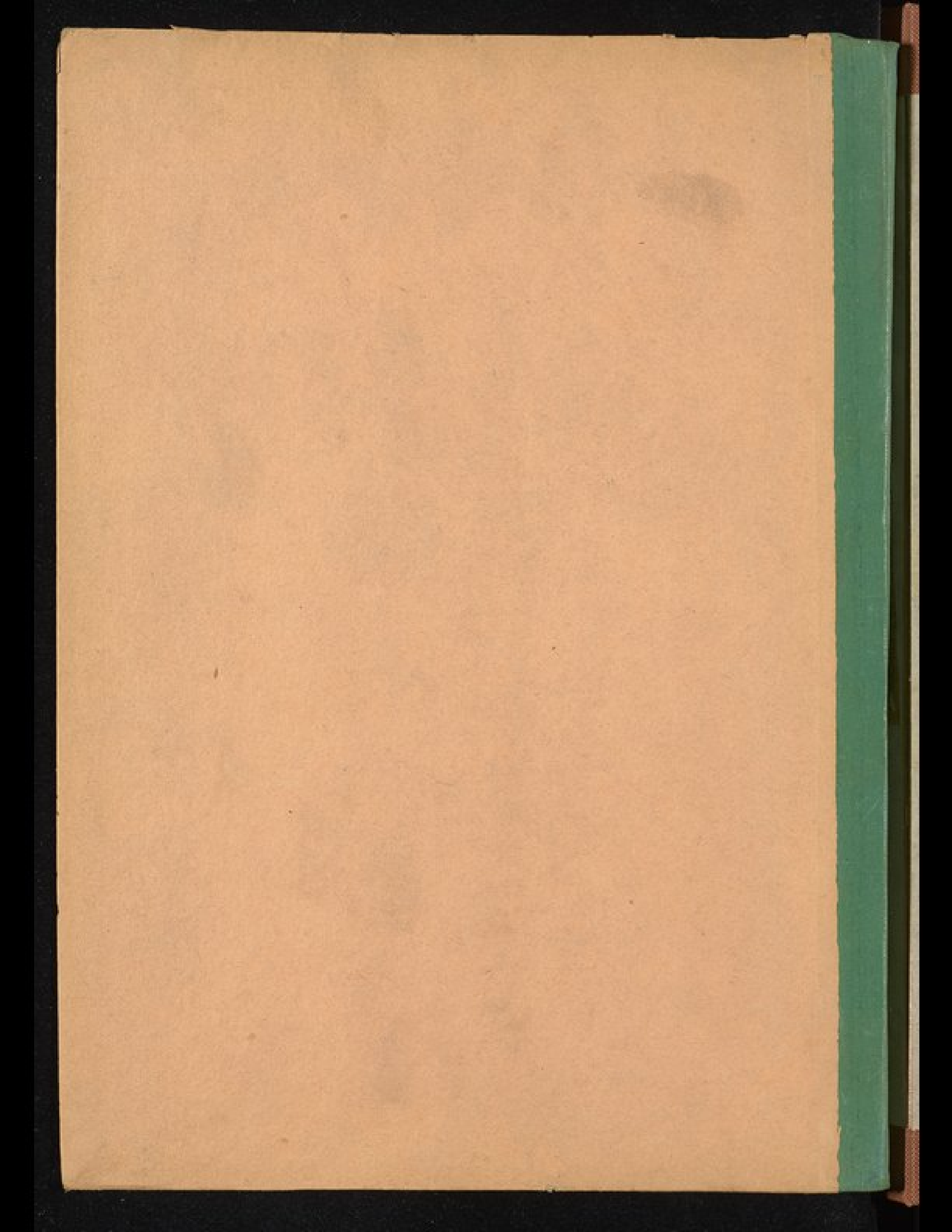
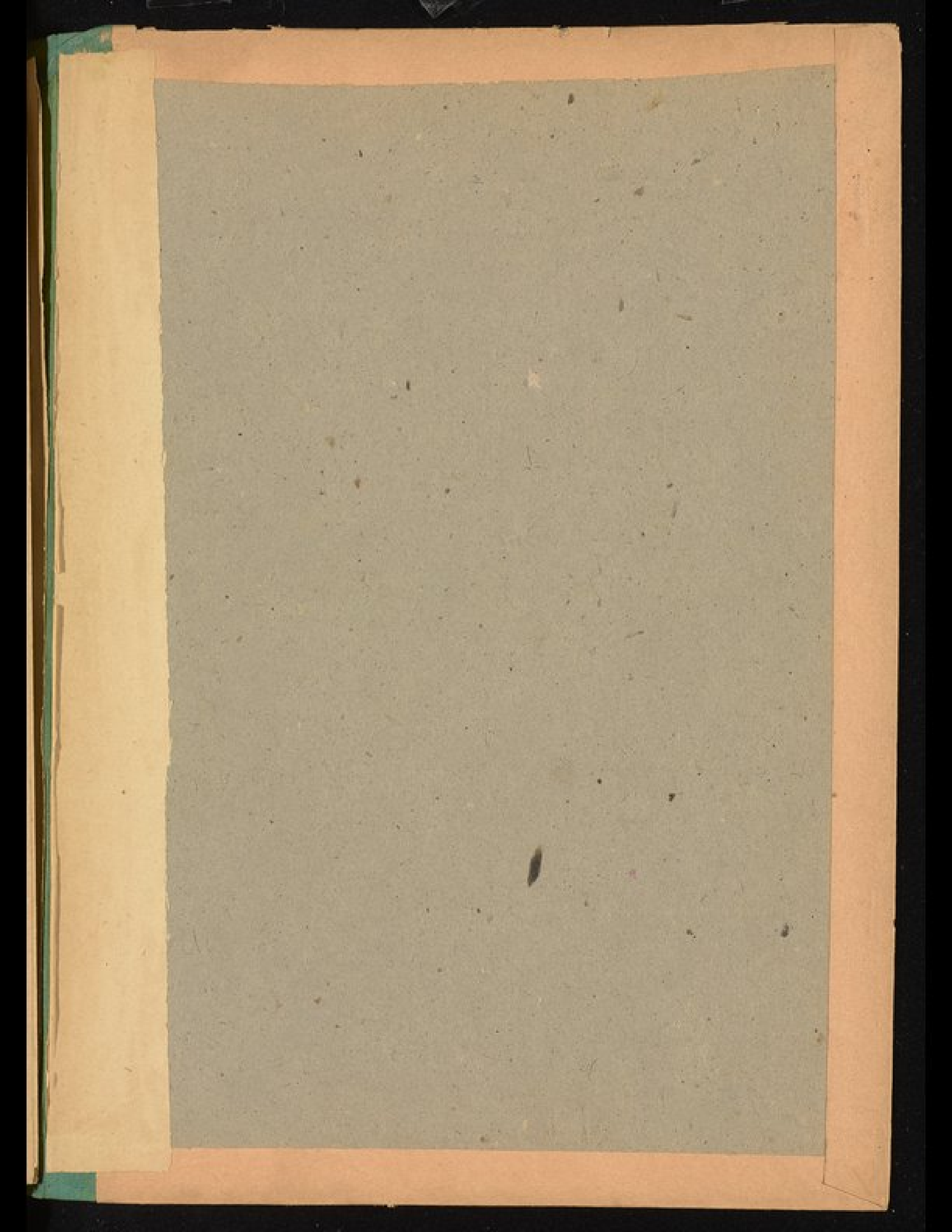
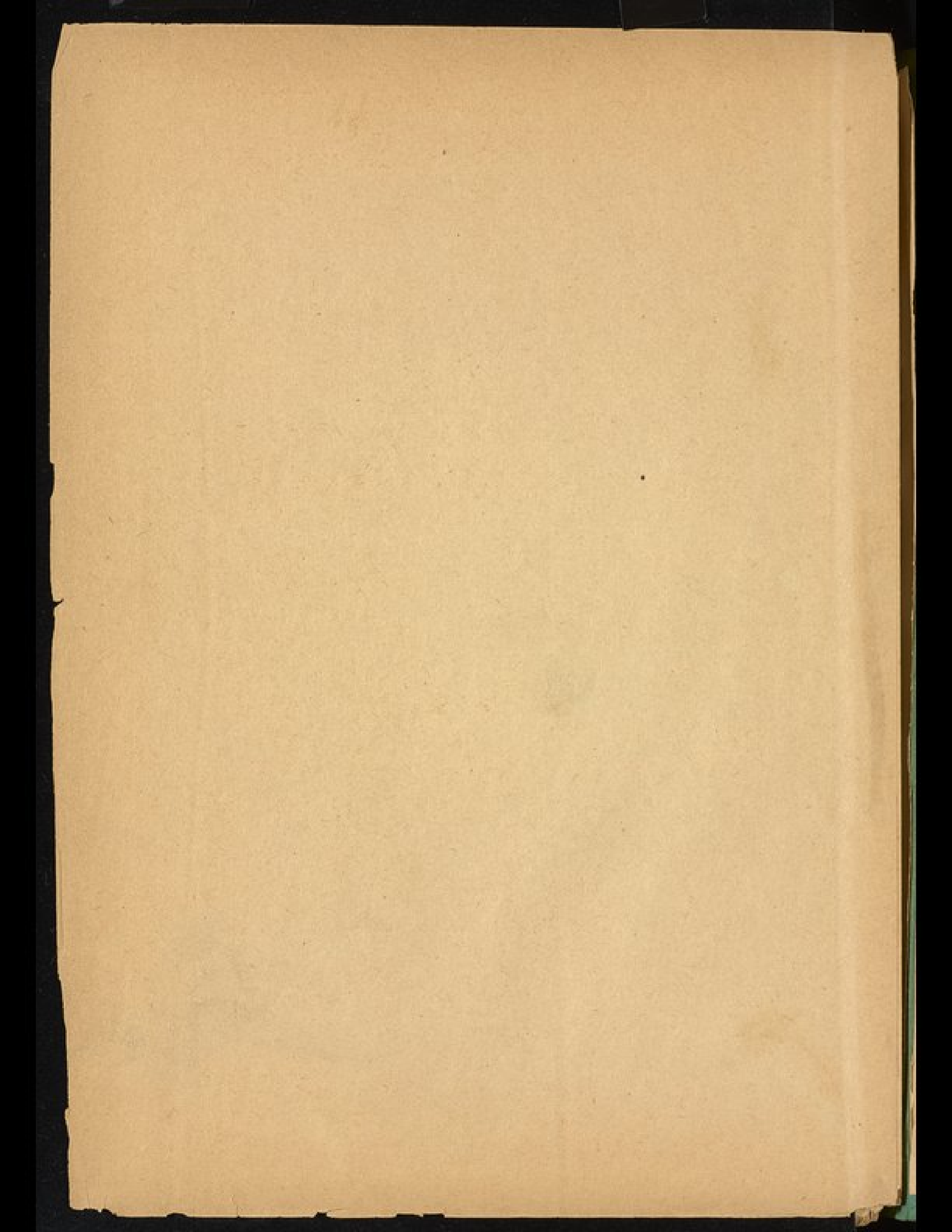
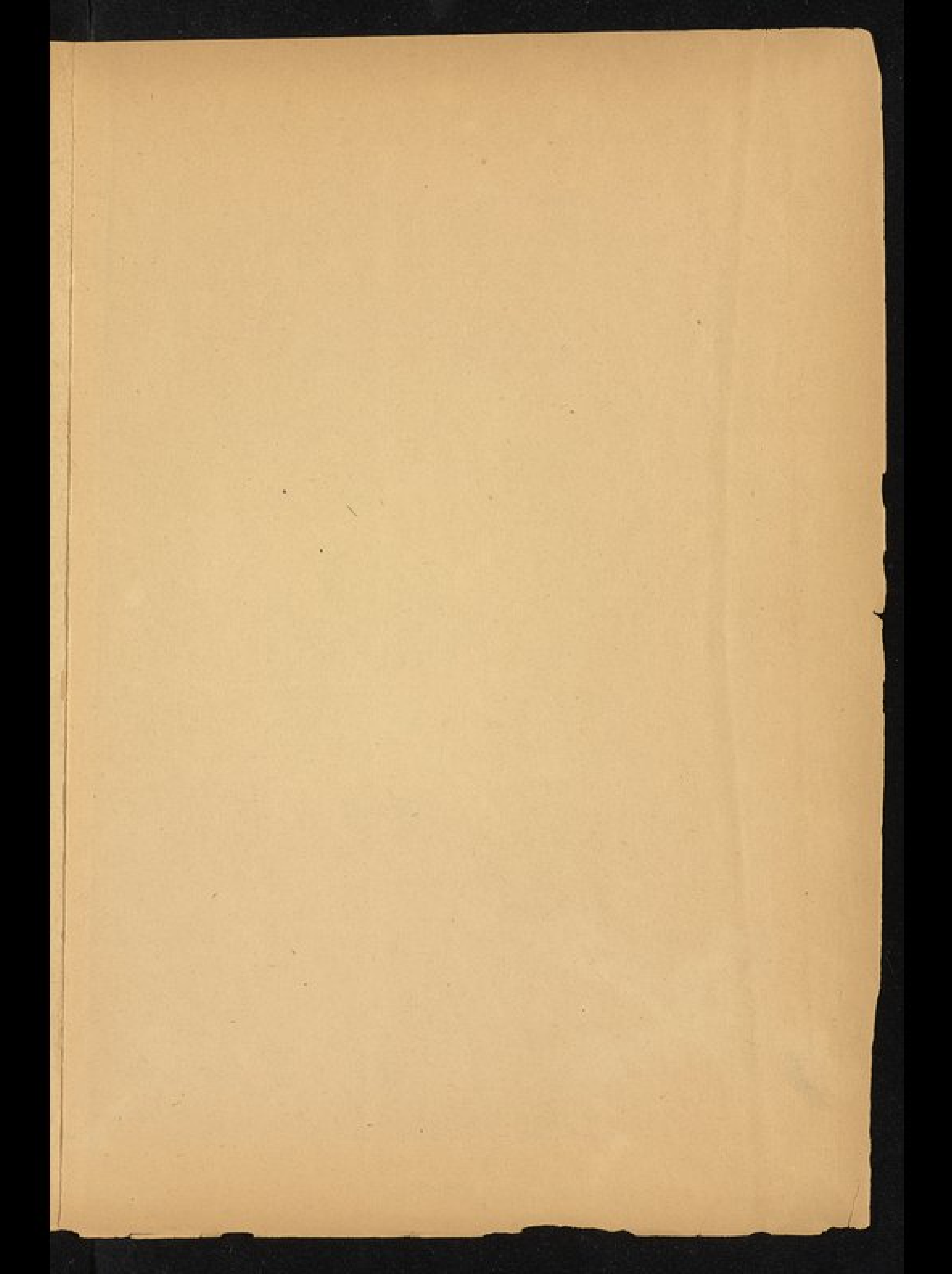
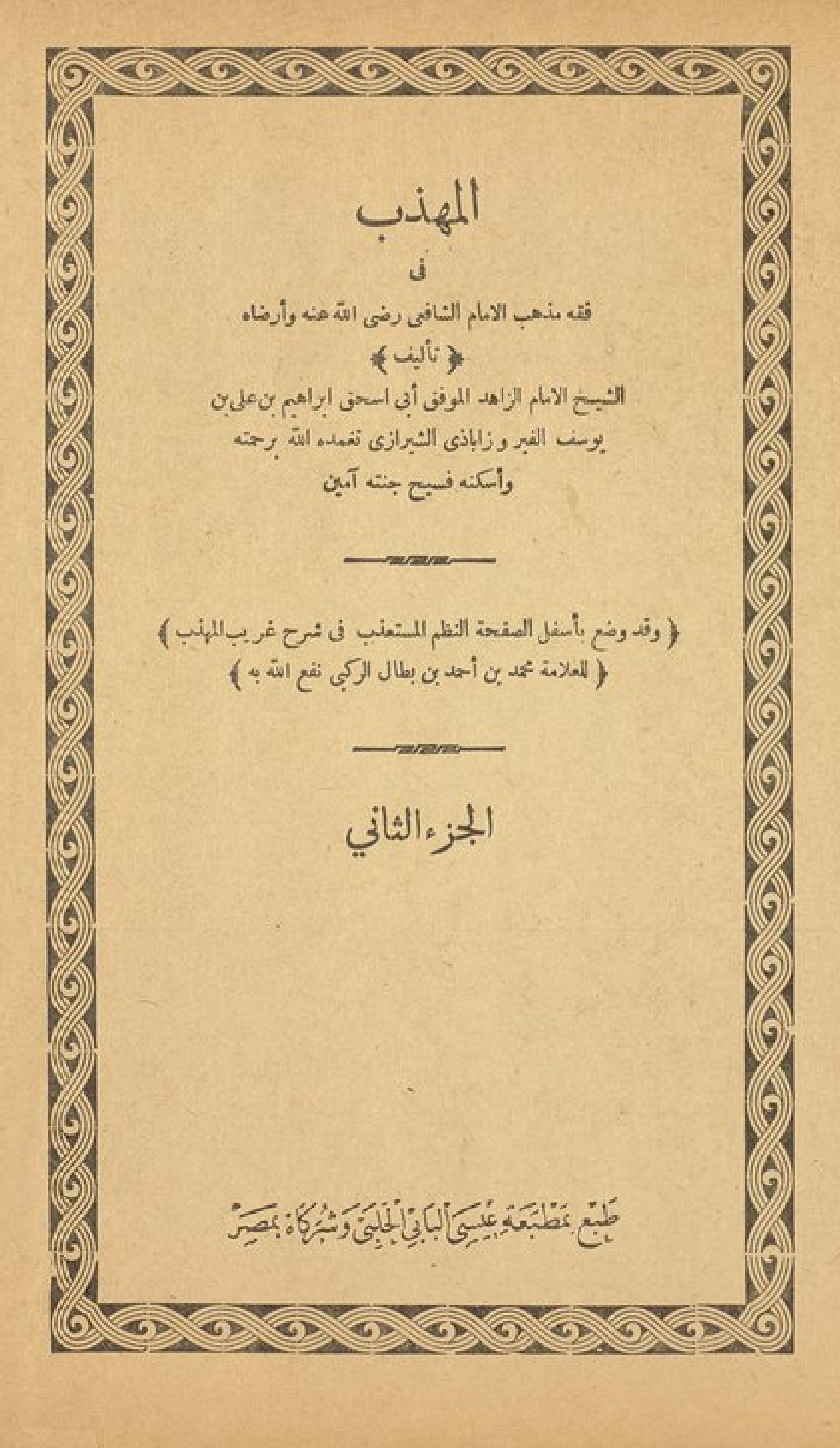












المهذب

في

فقه مذهب الامام الشافعي رضي الله عنه وأرضاه

﴿ تأليف ﴾

الشيخ الامام الزاهد الموفق أبي اسحق ابراهيم بن علي بن
يوسف الفيروزابادي الشيرازي تغمده الله برحمته
وأسكنه فسيح جنته آمين

﴿ وقد وضع بأسفل الصفحة النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ﴾
﴿ للعلامة محمد بن أحمد بن بطال الركبي نفع الله به ﴾

الجزء الثاني

طبع بمطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب العتق ﴾

العتق قربة مندوب اليه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار حتى فرجه بفرجه ولا يصح الا من مطلق التصرف فى المال لأنه تصرف فى المال كالبيع والهبة فان أعتق الموقوف عليه العبد الموقوف لم يصح عتقه لأنه لا يملكه فى أحد القولين و يملكه فى الثانى الا انه يبطل به حق البطن الثانى فلم يصح وان أعتق المريض عبدا وعليه دين يستغرقه لم يصح لأن العتق فى المرض وصية فلم يصح مع الدين وان أعتق العبد الجانى فعلى ما ذكرناه فى العبد المرهون

﴿ فصل ﴾ ويصح بالصريح والكناية وصريحه العتق والحرية لأنه ثبت لهما عرف الشرع وعرف اللغة والكناية كقوله سيبتك وخليتك وحبلك على غاربك ولا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك وأنت لله وأنت طالق وما أشبهها لأنها تحتمل العتق فوقع بها العتق مع النية و فى قوله فككت رقبتك وجهان أحدهما انه صريح لأنه ورد به القرآن قال الله سبحانه فك رقبة والثانى انه كناية لأنه يستعمل فى العتق وغيره وان قال لأمته أنت على كظهر أمى ونوى العتق ففيه وجهان أحدهما تعتق لأنه لفظ يوجب تحريم الزوجة فكان كناية فى العتق كسائر الطلاق والثانى لا تعتق لأنه لا يزيل الملك فلم يكن كناية فى العتق بخلاف الطلاق

﴿ ومن كتاب العتق ﴾

العتق مأخوذ من السبق يقال عتقت منى يمين أى سبقت. وعتقت الفرس اذا سبقت. وعتق فرخ الطائر اذا طار واستقل. وكأن المعتق خلى فذهب حيث شاء ذكره القتيبى. يقال عتق العبد يعتق عتاقا وعتاقة وعتقا فهو معتق وعتيق. ولا يقال معتوق. وخص الرقبة بالعتق والملك دون سائر الأعضاء لأن ملك العبد كالحبل فى الرقبة وكالغل يحبس به كما تحبس الدابة بالحبل فى عنقها ولهذا كنوا بالحبل فى العتق فقالوا حبلك على غاربك، جعله بمنزلة البعير يطرح حبله على غاربه فيذهب حيث يشاء ولا يوثق. والغارب ما بين السنام والعنق قال الشاعر

فلما عصيت العاذلين فلم أطع ۞ مقالتهم ألقوا على غارب حبلى

(قوله بالصريح) هو الخالص من كل شىء وصريح العتق ضد الكناية التى ليست بلفظ خالص (قوله الحرية) هى أيضا بمعنى الخالص يقال طين حر أى خالص لا حجر فيه وحر الرمل الذى لا تراب فيه يقال حر يحر بفتح الحاء فى المستقبل ومصدره الحرار والحرورية أيضا بالفتح قال

فما ردّ تزويج عليه شهادة ۞ ولا ردّ من بعد الحرار عتيق

فكأنه خالص من رق العبودية

﴿ فصل ﴾ وان كان بين نفسين عبد فأعتق أحدهما نصيبه فان كان موسرا قوم عليه نصيب شريكه وعتق لما روى ابن عمر رضى الله عنه ان النبي ﷺ قال من أعتق شركا له فى عبد فان كان معه مايبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاءه حصصهم والا فقد عتق منه ماعتق ورق منه مارق وان كان بين مسلم وكافر عبد مسلم فأعتق الكافر حصته وهو موسر فالمنصوص انه يقوم عليه فن أصحابنا من قال اذا قلنا ان الكافر لايملك العبد المسلم لم يقوم عليه لان التقويم يوجب التمليك ومنهم من قال يقوم عليه قولا واحدا لأنه تقويم متلف فاستوى فيه المسلم والكافر كتقويم المتلفات ويخالف البيع لأن القصد منه التمليك وفى ذلك صغار على الاسلام والقصد من التقويم العتق ولا صغار فيه فان كان نصف العبد وقفا ونصفه طلقا فأعتق صاحب الطلق نصيبه لم يقوم عليه الوقف لان التقويم يقتضى التمليك والوقف لايملك ولان الوقف لايعتق بالمباشرة فلا ن لايعتق بالتقويم أولى

﴿ فصل ﴾ وتجب قيمة النصيب عند العتق لانه وقت الاتلاف ومتى يعتق فيه ثلاثة أقوال أحدها يعتق فى الحال فان كانت جارية فولدت كان الولد حرا لما روى أبو المليح عن أبيه ان رجلا أعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال ليس لله شريك وفى بعضها فأجاز عتقه والثانى انه يقع بدفع القيمة فان كان جارية فولدت كان نصف الولد حرا ونصفه مملوكا لما روى سالم عن أبيه يبلغ به النبي ﷺ اذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه فان كان موسرا يقوم عليه ولا وكس ولا شطط ثم يعتق ولانه عتق بعوض فلا يتقدم على العوض كعتق المكاتب والثالث انه مراعى فان دفع العوض حكمنا بأنه عتق فى الحال وان لم يدفع حكمنا بأنه لم يعتق لانا اذا أعتقناه فى الحال أضررنا بالشريك فى اتلاف ماله قبل أن يسلم له العوض وان لم نعتقه أضررنا بالعبد فى ابقاء أحكام الرق عليه فاذا قلنا انه مراعى لم يكن على كل واحد منهما ضرر فان دفع القيمة كان حكمه حكم القول الاول وان لم يدفع كان حكمه حكم القول الثانى فان بذل المعتق القيمة أجبرنا الشريك على قبضها وان طلب الشريك أجبرنا المعتق على دفعها فان أمسك الشريك عن الطلب والمعتق عن الدفع وقلنا ان العتق يقف على الدفع فللعبد أن يطالب المعتق بالدفع والشريك بالقبض ليصل الى حقه فان أمسك الجميع فللحاكم أن يطالب بالدفع والقبض لما فى العتق من حق الله تعالى فان أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة انه يعتق لانه عتق صادف ملكه والثانى وهو المذهب انه لايعتق لان العتق مستحق من جهة المعتق والولاء مستحق له فلا يجوز ابطاله عليه

﴿ فصل ﴾ وان كان بين اثنين جارية فأحبلها أحدهما ثبت حرمة الاستيلاد فى نصيبه وفى نصيب الشريك الاقوال التى ذكرناها فى العتق لان الاستيلاد كالعتق فى ايجاب الحرية فكان كالاعتاق فى التقويم والسراية

﴿ فصل ﴾ وان اختلف المعتق والشريك فى قيمة العبد والبينة متعذرة فان قلنا انه يسرى فى الحال فالقول قول المعتق لانه غارم لما استهلكه فكان القول قوله كما لو اختلفا فى قيمة ما أتلفه بالجناية وان قلنا لايعتق الا بدفع القيمة فالقول قول الشريك لان نصيبه باق على ملكه فلا ينزع منه الا بما يقر به كالمشترى فى الشفعة وان ادعى الشريك أنه كان يحسن صنعة تزيد بها القيمة فأنكر المعتق ففيه طريقان من أصحابنا من قال هو كالاختلاف فى القيمة وفيه قولان ومنهم من قال القول قول المعتق قولا واحدا لان الظاهر معه والشريك يدعى صنعة الاصل عدمها وان ادعى المعتق عيبا فى العبد ينقص به القيمة وأنكر الشريك ففيه طريقان أيضا من أصحابنا من قال هو كالاختلاف فى القيمة فيكون على قولين ومنهم من قال القول قول

(قوله أعطى شركاءه حصصهم) الحصة النصيب وجمعها حصص. وتحاص القوم يتحاصون اذا اقتسموا حصصا وكذا المحاصة (قوله صغار على الاسلام) أى ذل وقهر (قوله لا وكس ولا شطط) الوكس النقصان. والبخس. وقد وكس الشيء يكس وقد وكست فلانا نقصته. وقد وكس فلان فى تجارته وأوكس أيضا على مالم يسم فاعله فيهما أى خسر. والشطط الجور والزيادة أى لانقصان ولا زيادة قال الله تعالى وانه كان يقول سفيهنا على الله شططا أى جورا ومعناه لا يزيد فى قيمته فيكون جورا وأصله البعد يقال شطت الدار أى بعدت ومنه قوله تعالى لقد قلنا اذا شططا أى قولا بعيدا عن الحق (قوله مراعى) من راعيت الامر أى نظرت مايصير اليه (قوله والبينة متعذرة) أى متعسرة تعذر الامر أى تعسر

الشريك قولا واحدا لان الظاهر معه والمعتق يدعي عيبا الاصل عدمه

﴿ فصل ﴾ وان كان المعتق معسرا عتق نصيبه و بقي نصيب الشريك على الرق والدليل عليه حديث ابن عمر رضي الله عنه والا فقد عتق منه ما عتق و رق منه ما رق ولان تنفيذ العتق لدفع الضرر عن العبد فلو أعتقنا نصيب الشريك لاضررنا به لانا نتلف ماله ولا يحصل له عوض والضرر لا يزال بالضرر ولهذا لو حضر الشفيع وهو معسر لم يأخذ بالشفعة لانه يزيل الضرر بالضرر وان كان موسرا بقيمة البعض عتق منه بقدره لان ما وجب بالاستهلاك اذا عجز عن بعضه وجب ما قدر عليه كبدل المتلف وان كان معه قيمة الحصة وعليه دين يستغرق ما معه ففيه قولان بناء على القولين في الدين هل يمنع وجوب الزكاة فان قلنا لا يمنع وجب عليه العتق وان قلنا يمنع لم يجب العتق

﴿ فصل ﴾ وان ملك عبدا فأعتق بعضه سرى الى الباقي لانه موسر بالقدر الذي يسري اليه فسرى اليه كما لو أعتق شركا له في عبد وهو موسر

﴿ فصل ﴾ وان أوصى بعتق شرك له في عبد فأعتق عنه لم يقوم عليه نصيب شريكه وان احتمله الثلث لانه بالموت زال ملكه فلا ينفذ الا فيما استثناه بالوصية وان وصى بعتق نصيبه و بأن يعتق عنه نصيب شريكه والثلث يحتمله قوم عليه وأعتق عنه الجميع لأنه في الوصية بالثلث كالحي فاذا قوم على الحي قوم على الميت بالوصية

﴿ فصل ﴾ وان كان عبد بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس فأعتق صاحب الثلث والسدس نصيبهما في وقت واحد وكانا موسرين قوم نصيب الشريك عليهما بالسوية لأن التقويم استحق بالسراية فقسط على عدد الرءوس كما لو اشترك اثنان في جراحة رجل فجرحه أحدهما جراحة والآخر جراحات

﴿ فصل ﴾ وان كان له عبدان فأعتق أحدهما بعينه ثم أشكل أمر بأن يتذكر فان قال أعتقت هذا قبل قوله لأنه أعرف بما قال فان اتهمه الآخر حلف لجواز أن يكون كاذبا فان نكل حلف الآخر وعتق العبدان أحدهما باقراره والآخر بالنكول واليمين وان قال هذا بل هذا عتقا جميعا لأنه صار راجعا عن الأول مقرا بالثاني فان مات قبل أن يبين رجع الى قول الوارث لأن له طريقا الى معرفته فان قال الوارث لا أعلم فالمنصوص انه يقرع بينهما لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فرجع الى القرعة ومن أصحابنا من خرج فيه قولا آخر انه يوقف الى ان ينكشف لأن القرعة تفضي الى أن يرق من أعتقه و يعتق من أرق فوجب أن يوقف الى أن يتبين والأول هو الصحيح لأن البيان قد فات والوقوف يضر بالوارث في رقيقه و بالحر في حق نفسه

﴿ فصل ﴾ وان أعتق عبدا من أعبد أخذ بتعيينه وله أن يعين من شاء فان قال هو سالم بل غانم عتق سالم ولم يعتق غانم لأنه تخير لتعيين عتق فاذا عينه في واحد سقط خياره في الثاني و يخالف القسم قبله لأن ذلك اخبار لا خيار له فيه فلم يسقط حكم خبره فان مات قبل أن يعين ففيه وجهان أحدهما لا يقوم الوارث مقامه في التعيين كما لا يقوم مقامه في تعيين الطلاق في احدى المرأتين فعلى هذا يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق والثاني يقوم مقامه وهو الصحيح لأنه خيار ثابت يتعلق بالمال فقام الوارث فيه مقامه كخيار الشفعة والرد بالعيب

﴿ فصل ﴾ ومن ملك أحد الوالدين وان علوا أو أحد المولودين وان سفلوا عتقوا عليه لقوله تعالى تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الأرض وتخر الجبال هدا[1] أن دعوا للرحمن ولدا وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولدا ان كل من في السموات والأرض الا آتي الرحمن عبدا فنفى الولادة مع العبودية فدل على انهما لا يجتمعان ولأن الولد بعض منه فيصير كما لو ملك بعضه وان ملك بعضه فان كان بسبب من جهته كالبيع والهبة وهو موسر قوم عليه الباقي لأنه عتق بسبب من جهته فصار كما لو أعتق بعض عبد وان كان بغير سبب من جهته كالارث لم يقوم عليه لأنه عتق من غير سبب من جهته وان ملك من سوى الوالدين والمولودين من الأقارب لم يعتق عليه لأنه لا بعضية بينهما فكانوا كالأجانب وان وجد من يعتق عليه مملوكا فالمستحب أن يشتريه ليعتق عليه لقوله ﷺ لا يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ولا يجب عليه ذلك لأنه استجلاب مال للقربة لم يتقدم وجوبها فلم يجب كشراء المال للزكاة وان وصي للمولى عليه بأبيه فان كان لا تلزمه نفقته وجب على الولي قبوله لأنه يعتق

(قوله وتخر الجبال هدا) خر سقط من أعلى الى أسفل. والهد هد البناء وازالته. هد البناء يهده هدا هدمه وضعضعه

عليه فيحصل له جمال عاجل وثواب آجل من غير اضرار وان كان تلزمه نفقته لم يجب قبوله لانه يعتق عليه و يطالب بنفقته و فى ذلك اضرار فلم يجز وان وصى له ببعضه فان كان معسرا لزمه قبوله لانه لاضرر عليه من جهة التقويم ولا من جهة النفقة وان كان موسرا والاب ممن تلزمه نفقته لم يجب قبوله لانه تلزمه نفقته وفى ذلك اضرار وان كان لاتلزمه نفقته ففيه قولان أحدهما لايجوز قبوله لان ملكه يقتضى التقويم وفى ذلك اضرار والثانى يلزم قبوله ولا يقوم عليه لانه يعتق عليه بغير اختياره فلم يقوم عليه كما لو ملكه بالارث

﴿ باب القرعة ﴾

والقرعة أن تقطع رقاع متساوية و يكتب فى كل رقعة ما يراد اخراجه وتجعل فى بنادق من طين متساوية الوزن والصفة وتجفف وتغطى بشئ ثم يقال لرجل لم يحضر الكتابة والبندقة أخرج بندقة و يعمل بما فيها فان كان القصد عتق الثلث جزئوا ثلاثة أجزاء وان كان القصد عتق الربع جزئوا أربعة أجزاء وان كان القصد عتق النصف جزئوا جزأين وتعدل السهام فان كان القصد عتق الثلث فان كان عددهم وقيمتهم متساوية فان كانوا ستة أعبد قيمة كل واحد منهم مائة جعل كل اثنين جزءا ثم الحاكم بالخيار بين أن يكتب فى الرقاع الاسماء و يخرج الاسماء على الحرية والرق و بين أن يكتب الرق والحرية و يخرج على الاسماء فان اختار كتب الاسماء كتب كل اسمين فى رقعة فان شاء أخرج القرعة على الحرية فاذا خرجت القرعة باسم اثنين عتقا ورق الباقون وان شاء أخرج على الرق فاذا خرجت رق من فيها ثم يخرج قرعة أخرى على الرق فاذا خرجت رق من فيها و يعتق الباقيان والاخراج على الحرية أولى لانه أقرب الى فصل الحكم فان اتفق العدد واختلفت القيم وأمكن تعديل العدد بالقيمة بأن يكونوا ستة قيمة اثنين أربعمائة وقيمة اثنين ستمائة وقيمة اثنين مائتان جعل اللذان قيمتهما أربعمائة جزءا وضم أحد العبدين المقومين بستمائة الى أحد العبدين المقومين بمائتين و يجعل العبدان الآخران جزءا و يخرج القرعة على ما ذكرناه من الوجهين وان اختلفت قيمتهم ولم يتفق عددهم بان كانوا ثمانية قيمة واحد مائة وقيمة ثلاثة مائة وقيمة أربعة مائة عدلوا بالقيمة فيجعل العبد جزءا والثلاثة جزءا والاربعة جزءا فان خرجت قرعة العتق على العبد عتق و رق السبعة وان خرجت على الثلاثة عتقوا ورق الخمسة وان خرجت على الاربعة عتقوا و رق الاربعة لانه لا يمكن تعديلهم بغير القيمة فعدلوا بالقيمة وعلى هذا لو كانوا اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان جعلا جزأين وأقرع بينهما فان خرجت قرعة العتق على المقوم بمائة عتق جميعه و رق الآخر وان خرجت على المقوم بمائتين عتق نصفه ورق نصفه وجميع الآخر فان اتفق العدد واختلفت القيم فان عدل بالعدد اختلفت القيم وان عدل بالقيمة اختلف العدد بان كانوا ستة قيمة واحد مائة وقيمة اثنين مائة وقيمة ثلاثة مائة فالمنصوص أنهم يعدلون بالقيمة فيجعل العبد جزءا والعبدان جزءا والثلاثة جزءا وتخرج القرعة على ما ذكرناه من الوجهين ومن أصحابنا من قال يعدلون بالعدد فيجعل اللذان قيمتهما مائة جزءا و يضم أحد الثلاثة الى المقوم بمائة فيجعلان جزءا وقيمتهما مائة وثلث و يجعل الآخران جزءا وقيمتهما ثلثا مائة وأقرع بينهم فان خرجت القرعة على المقومين بالمائة وقد استكملا الثلث و رق الباقون وان خرجت على العبدين المقوم أحدهما بمائة والآخر بثلث المائة عتقا ورق الأربعة الباقون و يقرع بين العبدين اللذين خرجت القرعة عليهما لأنهما أكثر من الثلث فلم ينفذ العتق فيهما فان أقرع فخرجت القرعة على المقوم بمائة عتق ورق الآخر وان خرجت على المقوم بثلث المائة عتق وعتق من الآخر الثلثان لاستكمال الثلث ورق الباقى والصحيح هو المنصوص عليه لان فيما قال هذا القائل يحتاج الى اعادة القرعة وتبعيض الرق والحرية فى شخص واحد فان اختلف العدد والقيم ولم يمكن التعديل بالعدد ولا بالقيمة بأن كانوا خمسة وقيمة أحدهم مائة وقيمة الثانى مائتان وقيمة الثالث ثلثمائة وقيمة الرابع أربعمائة وقيمة الخامس خمسمائة ففيه قولان

﴿ من باب القرعة ﴾

القرعة مأخوذة من قرعته اذا كففته كأنه كف الخصوم بذلك. ومنه سميت المقرعة لانه يكف بها الدابة (قوله البندقة) هى عمل البنادق وهى كبب صغار من طين أو شمع (قوله أقرب الى فصل الحكم) أى الى قطعه من فصل العضو اذا قطعه من المفصل. والفيصل الحاكم. وفصلت الشئ فانفصل أى قطعته فانقطع (قوله التعديل) هو التسوية من قولهم فلان عدل فلان أى

أحدهما أنه يكتب أسماؤهم فى رقاع بعددهم ثم يخرج على العتق فان خرج المقوم بخمسمائة وهو الثلث عتق ورق الاربعة وان خرج المقوم بأربعمائة عتق وقد بقى من الثلث مائة فيخرج اسم آخر فان خرج اسم المقوم بثلثمائة عتق منه ثلثه ورق باقيه والثلاثة الباقون وعلى هذا القياس يعمل فى كل مايخرج والقول الثانى انهم يجزأون ثلاثة أجزاء على القيمة دون العدد فيجعل المقوم بخمسمائة جزءا ويجعل المقوم بثلثمائة والمقوم بالمائتين جزءا ويجعل المقوم بأربعمائة والمقوم بمائة جزءا ثم يخرج القرعة ويعتق من فيها وهو الثلث ويرق الباقون لأن النبى ﷺ جزأهم ثلاثة أجزاء

﴿فصل﴾ قال الشافعى وان أعتق ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم فمات واحد ثم مات السيد أقرع بين الحيين والميت فان خرج سهم الحرية على الميت رق الاثنان وحكم من خرج عليه سهم الحرية حكم الاحرار منذ خوطب بالعتق الى أن مات وكان له ما اكتسب واستفاد بارث وغيره وان خرج سهم الحرية على أحد الحيين لم يعتق منه الا ثلثاه لان الميت قبل موت سيده مات عبدا فلم يكن له حكم ما خلف السيد وان مات المعتق ولم يقرع بينهم حتى مات اثنان أقرع بين الحى والميتين فان خرج بينهم العتق على الحى عتق كله وأعطى كل ما استفاد من يوم خوطب بالعتق ورق الميتان

﴿فصل﴾ اذا أعتق فى مرضه ستة أعبد لا مال له غيرهم فأعتق اثنان بالقرعة ثم ظهر مال يحتمل أن يعتق آخران جعل الأربعة جزأين وأقرع بينهم وأعتق منهم اثنان

﴿فصل﴾ وان أعتق فى مرضه أعبدا له ومات وعليه دين يستغرق التركة لم ينفذ العتق لأن العتق فى المرض وصية فلا ينفذ الا فى ثلث ما يفضل بعد قضاء الدين وان استغرق نصفها جعل التركة جزأين ويكتب فى رقعة دين وفى رقعة تركة وان استغرق الثلث جعلوا ثلاثة أجزاء فى رقعة دين وفى رقعتين تركة ويقرع بينهم فمن خرجت عليه قرعة الدين بيع فى الدين وما سواه يجعل ثلاثة أجزاء ويعتق منه الثلث لأنه اجتمع حق الدين وحق التركة وحق العتق وليس بعضها بالبيع والارث والعتق بأولى من البعض وللقرعة مدخل فى تمييز العتق من غيره فأقرع بينهم

﴿فصل﴾ وان أعتقهم ومات وأقرع بينهم وأعتق الثلث ثم ظهر دين مستغرق لم ينفذ العتق لما ذكرناه فان قال الورثة نحن نقضى الدين وننفذ العتق ففيه وجهان أحدهما ان لهم ذلك لأن المنع من نفوذ العتق لأجل الدين فاذا قضى الدين زال المنع والثانى انه ليس لهم ذلك لأنهم تقاسموا العبيد بالقرعة وقد تعلق بهم حق الغرماء فلم يصح كما لو تقاسم شريكان ثم ظهر شريك ثالث فعلى هذا يقضى الدين ثم يستأنف العتق وان كان الدين يستغرق نصف التركة فهل يبطل العتق بالجميع فيه وجهان أحدهما يبطل كما قلنا فى قسمة الشريكين والثانى يبطل بقدر الدين لأن بطلانه بسببه فيقدر بقدره فان كان الذى أعتق عبدين عتق من كل واحد منهما نصفه ورق النصف ثم يقرع بينهما لجمع الحرية فان خرجت القرعة لأحدهما وكانت قيمتها سواء عتق وبيع الآخر فى الدين وان كانت قيمة أحدهما أكثر فخرجت القرعة على أكثرهما قيمة عتق منه نصف قيمة العبدين ورق باقيه والعبد الآخر وان خرجت على أقلهما قيمة عتق وعتق من الثانى تمام النصف وبيع الباقى فى الدين

﴿باب المدبر﴾

التدبير قربة لانه يقصد به العتق ويعتبر من الثلث فى الصحة والمرض . لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال المدبر من الثلث ولأنه تبرع يتنجز بالموت فاعتبر من الثلث كالوصية فان دبر عبدا وأوصى بعتق آخر وعجز الثلث عنهما أقرع بينهما ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر انه يقدم المدبر لأنه يعتق بالموت والموصى بعتقه لا يعتق بالموت والصحيح هو الاول لأن لزومهما بالموت فاستويا

مساويه . والعدل أحد الحملين لأنه مساو للآخر (قوله يستغرق التركة) يذهب بها . وأصله من الغرق فى الماء وقد ذكر والتركة ما يتركه الميت بعده وقد ذكر (قوله بقدره) القدر ههنا المبلغ أى يعتق منه مبلغ الحصة

﴿من باب المدبر﴾

قال القتيبى التدبير مأخوذ من الدبر لانه عتق بعد الموت . والموت دبر الحياة . وقيل مدبر . ولهذا قالوا اعتق عبده عن دبر منه أى بعد الموت (قوله يتنجز بالموت) أى يتعجل وقد ذكر

﴿فصل﴾ ويصح من السفيه لأنه انما منع من التصرف حتى لايضيع ماله فيفتقر وبالتدبير لايضيع ماله لأنه باق على ملكه وان مات استغنى عن المال وحصل له الثواب وهل يصح من الصبي المميز فيه قولان أحدهما أنه يصح لما ذكرناه في السفيه والثاني لايصح وهو الصحيح لأنه ليس من أهل العقود فلم يصح تدبيره كالمجنون

﴿فصل﴾ والتدبير هو أن يقول ان مت فأنت حر فان قال دبرتك أو أنت مدبر ونوى العتق صح وان لم ينو فالمنصوص في المدبر أنه يصح. وقال في المكاتب اذا قال كاتبتك على كذا وكذا لم يصح حتى يقول فاذا أديت فأنت حر فمن أصحابنا من نقل جوابه في المدبر الى المكاتب وجوابه في المكاتب الى المدبر وجعلهما على قولين أحدهما أنهما صريحان لأنهما موضوعان للعتق في عرف الشرع والثاني أنهما كنايتان فلا يقع العتق بهما الا بقرينة أونية لأنهما يستعملان في العتق وغيره ومنهم من قال في المدبر صريح وفي المكاتب كناية ولم يذكر فرقا يعتمد عليه

﴿فصل﴾ ويجوز مطلقا وهو أن يقول ان مت فأنت حر ويجوز مقيدا وهو أن يقول ان مت من هذا المرض أو في هذا البلد فأنت حر لأنه عتق معلق على صفة فجاز مطلقا ومقيدا كالعتق المعلق على دخول الدار ويجوز تعليقه على شرط بأن يقول ان دخلت الدار فأنت حر بعد موتي كما يجوز أن يعلق العتق المعلق على دخول الدار بشرط قبله فان وجد الشرط صار مدبرا وان لم يوجد الشرط حتى مات السيد لم يصر مدبرا لأنه علق التدبير على صفة وقد بطلت الصفة بالموت فسقط ما علق عليه

﴿فصل﴾ ويجوز تدبير المعتق بصفة كما يجوز أن يعلق عتقه على صفة أخرى فان وجدت الصفة قبل الموت عتق بالصفة وبطل التدبير به وان مات قبل وجود الصفة عتق بالتدبير وبطل العتق بالصفة ويجوز تدبير المكاتب كما يجوز أن يعلق عتقه على صفة فاذا دبره صار مكاتبا مدبرا ويستحق العتق بالكتابة والتدبير فان أدى المال قبل الموت عتق بالكتابة وبطل التدبير وان مات قبل الأداء فان كان يخرج من الثلث عتق بالتدبير وبطلت الكتابة وان لم يخرج جميعه عتق منه بقدر الثلث وسقط من مال الكتابة بقدره وبقي الباقي على الكتابة ولا يجوز تدبير أم الولد لأن الذي يقتضيه التدبير هو العتق بالموت وقد استحقت ذلك بالاستيلاد فلم يفد التدبير شيئا فاذا دبرها ومات عتقت بالاستيلاد من رأس المال

﴿فصل﴾ ويجوز تدبير الحمل كما يجوز في بعض عبد كما يجوز عتقه ويجوز في العتق فان كان بين رجلين عبد فدبر أحدهما نصيبه وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه ليصير الجميع مدبرا فيه قولان أحدهما يقوم عليه لأنه أثبت له سببا يفضي الى العتق لامحالة فأوجب التقويم كما لو استولد جارية بينه وبين غيره والثاني وهو المنصوص أنه لايقوم عليه لأن التقويم انما يجب بالاتلاف كالعتق أو بسبب يوجب الاتلاف كالاستيلاد والتدبير ليس باتلاف ولا سبب يوجب الاتلاف لأنه يمكن نقضه بالتصرف فلم يوجب التقويم فان كان له عبد فدبر بعضه فالمنصوص أنه لايسري الى الباقي ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر أنه يسري فيصير الجميع مدبرا ووجههما ماذكرناه في المسألة قبلها فان كان عبد بين اثنين فدبراه بأن قال كل واحد منهما اذا مت فأنت حر جاز كما لو أعتقاه فان أعتق أحدهما نصيبه بعد التدبير وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه ليعتق فيه قولان منصوصان أحدهما لايقوم عليه لان لنصيب شريكه جهة يعتق بها فاستغنى عن التقويم ولا نا اذا قومناه على المعتق أبطلنا على شريكه ما ثبت له من العتق والولاء بحكم التدبير والثاني يقوم عليه ليصير الكل حرا لان المدبر كالقن في الملك والتصرف فكان كالقن في التقويم والسراية فان كان بين نفسين عبد فقالا اذا متنا فأنت حر لم يعتق حصة واحد منهما الا بموته وموت شريكه فان ماتا معا عتق عليهما بوجود الصفة فان مات أحدهما قبل الآخر انتقل نصيب الميت الى وارثه ووقف عتقه على موت الآخر فاذا مات الآخر عتق فان قالا أنت حبيس على آخرنا موتا فالحكم فيها كالحكم في المسألة قبلها الا في فصل واحد وهو أن في المسألة الأولى اذا مات أحدهما انتقل نصيب الميت الى وارثه الى أن يموت الآخر وفي هذه اذا مات أحدهما كان منفعة نصيبه موصى بها للآخر الى أن يموت لقوله أنت حبيس على آخرنا موتا فاذا مات الآخر عتق

(قوله يفضي الى العتق لامحالة) يفضي يؤول ويصير . ولا محالة لابد يقال الموت آت لامحالة ذكره الجوهري وميمها زائدة وألفها منقلبة عن واو من باب حول (قوله أنت حبيس على آخرنا موتا) أى عتقك محبوس حتى يموت آخرنا

﴿فصل﴾ ويملك المولى بيع المدبر لما روى جابر رضى الله عنه أن رجلا أعتق غلاما له عن دبر منه ولم يكن له مال غيره فأمر به النبى ﷺ فبيع بسبعمائة أو بتسعمائة ويملك هبته ووقفه وكتابته قياسا على البيع ويملك أكسابه ومنافعه وأرش ما يجنى عليه لانه لما كان كالعبد القن فى التصرف فى الرقبة كان كالقن فيما ذكرناه وان جنى خطأ تعلق الأرش برقبته وهو بالخيار بين أن يسلمه للبيع وبين أن يفديه كما يفدى العبد القن لانه كالقن فى جواز بيعه فكان كالقن فى جواز التسليم للبيع والفداء وان مات السيد قبل أن يفديه فان قلنا لا يجوز عتق الجانى لم يعتق وللوارث الخيار بين التسليم للبيع وبين الفداء كالسيد فى حياته وان قلنا يجوز عتق الجانى عتق من الثلث ووجب أرش الجناية من التركة لانه عتق بسبب من جهته فتعلق الأرش بتركته ولا يجب الا أقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية لانه لا يمكن تسليمه للبيع بعد العتق

﴿فصل﴾ وان كان المدبر جارية فأتت بولد من النكاح أو الزنا فهل يتبعها فى التدبير فيه قولان أحدهما يتبعها لانها تستحق الحرية فتبعها الولد كأم الولد فعلى هذا ان ماتت الأم فى حياة المولى لم يبطل التدبير فى الولد والثانى لا يتبعها لانه عقد يلحقه الفسخ فلم يسر الى الولد كالرهن والوصية وان دبرها وهى حامل تبعها الولد قولا واحدا كما يتبعها فى العتق وان دبر عبدا ثم ملك جارية فأتت منه بولد لحقه نسبه لانه يملكها فى أحد القولين وله فيها شبهة فى القول الثانى لاختلاف الناس فى ملكه فان قلنا لا يملك الجارية فالولد مملوك للمولى لانه ولد أمته وان قلنا يملكها فالولد ابن المدبر ومملوكه لانه من أمته وهل يكون مدبرا فيه وجهان أحدهما أنه ليس بمدبر لان الولد انما يتبع الأم دون الأب والأم غير مدبرة والثانى أنه مدبر لانها علقت به فى ملكه فكان كالأب كولد الحر من أمته

﴿فصل﴾ ويجوز الرجوع فى التدبير بما يزيل الملك كالبيع والهبة المقبوضة لما رويناه من حديث جابر رضى الله عنه وهل يجوز بلفظ الفسخ كقوله فسخت ونقضت ورجعت فيه قولان أحدهما انه يجرى مجرى الوصية فيجوز له فسخه بلفظ الفسخ وهو اختيار المزنى لانه تصرف يتنجز بالموت يعتبر من الثلث فهو كالوصية والثانى انه يجرى مجرى العتق بالصفة فلا يجوز فسخه بلفظ الفسخ وهو الصحيح لانه عتق علقه على صفة فهو كالعتق بالصفات وان وهبه ولم يقبضه فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال ان قلنا انه كالوصية فهو رجوع وان قلنا انه كالعتق بالصفة فليس برجوع لانه لم يزل الملك ومنهم من قال هو رجوع على القولين لانه تصرف يفضى الى زوال الملك وان كاتبه فان قلنا ان التدبير كالوصية كان رجوعا كما لو أوصى بعبد ثم كاتبه وان قلنا انه كالعتق بالصفة لم يكن رجوعا بل يصير مدبرا مكاتبا وحكمه ما ذكرناه فيمن دبر مكاتبا وان دبره ثم قال ان أديت الى وارثى ألفا فأنت حر فان قلنا انه كالوصية كان ذلك رجوعا فى التدبير لانه عدل عن العتق بالموت الى العتق بأداء المال فبطل التدبير وتعلق العتق بالاداء وان قلنا انه كالعتق بالصفة وخرج من الثلث عتق بالتدبير وسقط حكم الاداء بعده لانه علق عتقه بصفة متقدمة ثم علقه بصفة متأخرة فعتق بأسبقهما وأسبقهما الموت فعتق به وان دبر جارية ثم أولدها بطل التدبير لان العتق بالتدبير والاستيلاد فى وقت واحد والاستيلاد أقوى فأسقط التدبير

﴿فصل﴾ ويجوز الرجوع فى تدبير البعض كما يجوز التدبير فى الابتداء فى البعض وان دبر جارية فأتت بولد من نكاح أو زنا وقلنا انه يتبعها فى التدبير ورجع فى تدبير الأم لم يتبعها الولد فى الرجوع وان تبعها فى التدبير كما أن ولد أم الولد يتبعها فى حق الحرية ثم لا يتبعها فى بطلان حقها من الحرية بموتها وان دبرها الصبى وقلنا انه يصح تدبيره فان قلنا يجوز الرجوع بلفظ الفسخ جاز رجوعه لأنه لا حجر عليه فى التدبير فجاز رجوعه فيه كالبالغ وان قلنا لا يجوز الرجوع الا بتصرف يزيل الملك لم يصح الرجوع فى تدبيره الا بتصرف يزيل الملك من جهة الولى

﴿فصل﴾ وان دبر عبده ثم ارتد فقد قال أبو اسحق لا يبطل التدبير فان مات عتق العبد لأنه تصرف نفذ قبل الرد فلم تؤثر الردة فيه كما لو باع ماله ثم ارتد ومن أصحابنا من قال يبطل التدبير لأن المدبر انما يعتق اذا حصل للورثة مثلاه وههنا لم يحصل للورثة شىء فلم يعتق ومنهم من قال يبنى على الأقوال فى ملكه فان قلنا يزول ملكه بالردة بطل لأنه زال ملكه فيه فأشبه اذا باعه وان قلنا لا يزول لم يبطل كما لو لم يدبر وان قلنا موقوف فالتدبير موقوف وما قال أبو اسحق غير صحيح لأنه ارتد والمدبر على ملكه فزال

(قوله عن دبر منه) أى بعد موته وادبار حياته أو من الدبر وهو نقيض القبل أى فى ادبار الحياة لا فى اقبالها كله مأخوذ من أدبر اذا ولى وذهب (قوله لأنه عدل عن الحق) أى مال يقال عدل اذا مال وعدل اذا استقام من الأضداد

بالردة بخلاف ما لو باعه قبل الردة وما قال الآخر لا يصح لأن ماله بالموت صار للمسلمين وقد حصل لهم مثلاه

﴿فصل﴾ وان دبر الكافر عبدا كافرا ثم أسلم العبد ولم يرجع السيد فى التدبير ففيه قولان أحدهما يباع عليه وهو اختيار المزنى لانه يجوز بيعه فبيع عليه كالعبد القن والثانى لا يباع عليه وهو الصحيح لانه لاحظ للعبد فى بيعه لانه يبطل به حقه من الحرية فعلى هذا هو بالخيار بين أن يسلمه الى مسلم وينفق عليه الى أن يرجع فى التدبير فيباع عليه أو يموت فيعتق عليه وبين أن يخارجه على شىء لأنه لا سبيل الى اقراره فى يده فلم يجز الا ما ذكرناه فان مات السيد وخرج من الثلث عتق وان لم يخرج عتق منه بقدر الثلث وبيع الباقى على الورثة لانه صار قنا

﴿فصل﴾ وان اختلف السيد والعبد فادعى العبد أنه دبره وأنكر السيد فان قلنا ان التدبير كالعتق بالصفة صح الاختلاف لانه لا يمكن الرجوع فيه والقول قول السيد لأن الأصل أنه لم يدبر وان قلنا انه كالوصية ففيه وجهان أحدهما أن القول قول السيد لأن جحوده رجوع وهو يملك الرجوع والثانى أنه ليس برجوع وهو المذهب لأنه قال فى الدعوى والبينات اذا أنكر السيد قلنا له قل رجعت ولا يحتاج الى اليمين فدل على أن جحوده ليس برجوع والدليل عليه أن جحود الشىء ليس برجوع كما أن جحود النكاح ليس بطلاق فعلى هذا يصح الاختلاف والحكم فيه كالحكم فيه اذا قلنا انه عتق بالصفة وان مات السيد واختلف العبد والوارث صح الاختلاف على القولين والقول قول الوارث وان كان فى يده مال فقال كسبته بعد العتق وقال الوارث بل كسبته قبل العتق فالقول قول المدبر لان الأصل عدم الكسب الا فى الوقت الذى وجد فيه وقد وجد وهو فى يد المدبر فكان له وان كان أمة ومعها ولد فادعت أنها ولدته بعد التدبير وقال الوارث بل ولدته قبل التدبير فالقول قول الوارث لان الأصل فى الولد الرق

﴿فصل﴾ ويجوز تعليق العتق على صفة مثل أن يقول ان دخلت الدار فأنت حر وان أعطيتنى ألفا فأنت حر لانه عتق على صفة فجاز كالتدبير فان قال ذلك فى المرض اعتبر من الثلث لانه لو أعتقه اعتبر من الثلث فاذا عقده اعتبر من الثلث وان قال ذلك وهو صحيح اعتبر من رأس المال سواء وجدت الصفة وهو صحيح أو وجدت وهو مريض لان العتق انما يعتبر من الثلث فى حال المرض لانه قصد الى الاضرار بالورثة فى حال يتعلق حقهم بالمال وههنا لم يقصد الى ذلك فان علق العتق على صفة مطلقة ثم مات بطل لان تصرف الانسان مقصور على حال الحياة فحمل اطلاق الصفة عليه وان علق عتقه على صفة بعد الموت لم يبطل بالموت لانه يملك العتق بعد الموت فى الثلث فملك عقده على صفة بعد الموت

﴿فصل﴾ وان علق عتق أمة على صفة ثم أتت بولد من النكاح أو الزنا فهل يتبعها الولد فيه قولان كما قلنا فى المدبرة فان بطلت الصفة فى الأم بموتها أو بموته بطلت فى الولد لأن الولد يتبعها فى العتق لا فى الصفة بخلاف ولد المدبرة فانه يتبعها فى التدبير فاذا بطل فيها بقى فيه وان قال لأمته أنت حرة بعد موتى بسنة فات السيد وهى تخرج من الثلث فللوارث أن يتصرف فى كسبها ومنفعتها ولا يتصرف فى رقبتها لأنها موقوفة على العتق فان أتت بولد بعد موت السيد فقد قال الشافعى رحمه الله يتبعها الولد قولا واحدا فن أصحابنا من قال فيه قولان كالولد الذى تأتى به قبل الموت والذى قاله الشافعى رحمه الله أحد القولين ومنهم من قال يتبعها الولد قولا واحدا لانها أتت به وقد استقر عتقها بالموت فيتبعها الولد كأم الولد بخلاف ما قبل الموت فان عتقها غير مستقر لانه يلحقه الفسخ

﴿فصل﴾ وان علق عتق عبده على صفة لم يملك الرجوع فيها بالقول لانه كاليمين أو كالنذر والرجوع فى الجميع لا يجوز ويجوز الرجوع فيه بما يزيل الملك كالبيع وغيره فان علق عتقه على صفة ثم باعه ثم رجع اليه فهل يعود حكم الصفة فيه قولان بناء على القولين فيمن علق طلاق امرأته على صفة وبانت منه ثم تزوجها وان دبر عبده ثم باعه ثم رجع اليه فان قلنا ان التدبير كالوصية لم يرجع لأن الوصية اذا بطلت لم تعد وان قلنا انه كالعتق بصفة فهل يعود أم لا على ما ذكرناه من القولين

(قوله كالعبد القن) الخالص العبودية ليس بمكاتب ولا مدبر ولا علق عتقه على شرط. وقيل القن أن يملك هو وأبوه

(قوله وبين أن يخارجه على شىء) أى يجعل عليه خراجا يؤديه. والخرج والخراج الاتاوة وقد ذكر

﴿ كتاب المكاتب ﴾

الكتابة جائزة لقوله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ولا تجوز الكتابة الامن جائز التصرف فى المال لانه عقد على المال فلم يجز الامن جائز التصرف فى المال كالبيع ولايجوز أن يكاتب عبدا أجيرا لان الكتابة تقتضى التمكين من التصرف والاجارة تمنع من ذلك ولايجوز أن يكاتب عبدا مرهونا لان الرهن يقتضى البيع والكتابة تمنع البيع وتجوز كتابة المدبر وأم الولد لانه عتق بصفة يجوز أن تتقدم على الموت فجاز فى المدبر وأم الولد كالعتق المعلق على دخول الدار فان كاتب مدبرا صار مكاتبا ومدبرا وقد بينا حكمه فى المدبر وان كاتب أم ولد صارت مكاتبة وأم ولد فان أدت المال قبل موت السيد عتقت بالكتابة وان مات السيد قبل الأداء عتقت بالاستيلاد و بطلت الكتابة

﴿ فصل ﴾ وتجوز كتابة بعض العبد اذا كان باقيه حرا لانه كتابة على جميع مافيه من الرق فأشبه كتابة العبد فى جميعه وان كان عبد بين اثنين فكاتبه أحدهما فى نصيبه بغير اذن شريكه لم يصح لانه لايعطى من الصدقات ولا يمكنه الشريك من الاكتساب بالاسفار وان كاتبه باذن شريكه ففيه قولان أحدهما لايصح لما ذكرناه من نقصان كسبه والثانى يصح لان المنع لحق الشريك فزال بالاذن وان كان لرجل عبد فكاتبه فى بعضه فالمنصوص أنه لايصح واختلف أصحابنا فيه فذهب أكثرهم الى أنه لايصح قولا واحدا كما لايصح أن يبعض العتق فيه ومنهم من قال اذا قلنا انه يصح أن يكاتب نصيبه فى العبد المشترك باذن الشريك صح ههنا لان اتفاقهما على كتابة البعض كاتفاق الشريكين فان وصى رجل بكتابة عبد وعجز الثلث عن جميعه فالمنصوص أنه يكاتب القدر الذى يحتمله الثلث فمن أصحابنا من جعل فى الجميع قولين ومنهم من قال يصح فى الوصية وقد فرق بينه و بين العبد المشترك بأن الكتابة فى العبد المشترك غير مستحقة فى جميعه والكتابة فى الوصية استحقت فى جميعه فاذا تعذرت فى البعض لم تسقط فى الباقى

﴿ فصل ﴾ وان طلب العبد الكتابة نظرت فان كان له كسب وأمانة استحب أن يكاتب لقوله عز وجل والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وقد فسر الخير بالكسب والامانة ولان المقصود بالكتابة العتق على مال وبالكسب والامانة يتوصل اليه ولا يجب ذلك لانه عتق فلا يجب بطلب العبد كالعتق فى غير الكتابة وان لم يكن له كسب ولا أمانة أوله كسب بلا أمانة لم تستحب لانه لايحصل المقصود بكتابته ولا تكره لانه سبب للعتق من غير اضرار فلم تكره وان كان له أمانة بلا كسب ففيه وجهان أحدهما انه لا تستحب لان مع عدم الكسب يتعذر الاداء فلا يحصل المقصود والثانى تستحب لان الامين يعان و يعطى من الصدقات وان طلب السيد الكتابة فكره العبد لم يجبر عليه لانه عتق على مال فلا يجبر العبد عليه كالعتق على مال فى غير الكتابة

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز الا بعوض مؤجل لانه اذا كاتبه على عوض حال لم يقدر على أدائه فينفسخ العقد و يبطل المقصود ولا يجوز على أقل من نجمين لما روى عن أمير المؤمنين عثمان رضى الله عنه أنه غضب على عبد له وقال لأعاقبنك ولأ كاتبنك على نجمين فدل على أنه لايجوز على أقل من ذلك وعن على كرم الله وجهه أنه قال الكتابة على نجمين والايتاء من الثانى ولا يجوز الا على نجمين معلومين وأن يكون مايؤدى فى كل نجم معلوما لانه عوض منجم فى عقد فوجب العلم بمقدار النجم ومقدار مايؤديه فيه كالسلم الى أجلين

﴿ ومن كتاب المكاتب ﴾

أصل الكتابة الضم والجمع ومنه سميت الكتابة لما فيها من جمع النجوم وضم بعضها الى بعض. والمكاتب يجمع المال و يضمه ومنه كتب المزادة اذا ضم بين جانبيها بالخرز. والكتبة موضع الخرز جمعها كتب قال ذو الرمة

* مسلسل ضيعته بينها الكتب * ومنه كتب الكتاب اذا جمع الحروف وضم بعضها الى بعض وكل شىء ضممت بعضه الى بعض فقد كتبته وسميت النجوم فى الكتابة وغيرها لانها مأخوذة من تأجيل الدين الى طلوع نجم معلوم عندهما ووقت معروف بينهما للاداء كطلوع الثريا والسماك وشبههما يقال نجمت عليه المال اذا أديته نجوما أى جعلت لأدائه أوقاتا من الزمان يعلم كل وقت منها بطلوع نجم

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز الا على عوض معلوم الصفة لانه عوض فى الذمة فوجب العلم بصفته كالمسلم فيه

﴿ فصل ﴾ وتجوز الكتابة على المنافع لانه يجوز أن تثبت فى الذمة بالعقد فجاز الكتابة عليها كالمال فان كاتبه على عملين فى الذمة فى نجمين جاز كما يجوز على مالين فى نجمين وان كاتبه على خدمة شهرين لم يجز لان ذلك نجم واحد وان كاتبه على خدمة شهر ثم على خدمة شهر بعده لم يجز لان العقد فى الشهر الثانى على منفعة معينة فى زمان مستقبل فلم يجز كما لو استأجره للخدمة فى شهر مستقبل وان كاتبه على دينار وخدمة شهر بعده لم يجز لانه لا يقدر على تسليم الدينار فى الحال وان كاتبه على خدمة شهر ودينار فى نجم بعده جاز لانه يقدر على تسليم الخدمة فهو مع الدينار كالمالين فى نجمين وان كاتبه على خدمة شهر ودينار بعد انقضاء الشهر فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق لا يجوز لانه اذا لم يفصل بينهما صار انجما واحدا ومنهم من قال يجوز لانه يستحق الدينار فى غير الوقت الذى يستحق فيه الخدمة وانما يتصل استيفاؤهما فعلى هذا لو كاتبه على خدمة شهر ودينار فى نصف الشهر جاز لانه يستحق الدينار فى غير الوقت الذى يستحق فيه الخدمة

﴿ فصل ﴾ وان كاتب رجلان عبدا بينهما على مال بينهما على قدر الملكين وعلى نجوم واحدة جاز وان تفاضلا فى المال مع تساوى الملكين أو تساويا فى المال مع تفاضل الملكين أو على أن نجوم أحدهما أكثر من نجوم الآخر أو على أن نجم أحدهما أطول من نجم الآخر ففيه طريقان من أصحابنا من قال يبنى على القولين فيمن كاتب نصيبه من العبد باذن شريكه فان قلنا يجوز جاز وان قلنا لا يجوز لم يجز لان اتفاقهما على الكتابة ككتابة أحدهما فى نصيبه باذن الآخر وعلى هذا يدل قول الشافعى رحمه الله تعالى فانه قال فى الام ولو أجزت لأجزت أن ينفرد أحدهما بكتابة نصيبه فدل على أنه اذا جاز ذلك جاز هذا وان لم يجز ذلك لم يجز هذا ومنهم من قال لا يصح قولا واحدا لأنه يؤدى الى أن ينتفع أحدهما بحق شريكه من الكسب لأنه يأخذ أكثر مما يستحق وربما عجز المكاتب فيرجع على شريكه بالفاضل بعد ما انتفع به

﴿ فصل ﴾ ولا يصح على شرط فاسد لأنه معاوضة يلحقها الفسخ فبطلت بالشرط الفاسد كالبيع ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع

﴿ فصل ﴾ واذا انعقد العقد لم يملك المولى فسخه قبل العجز لأنه أسقط حقه منه بالعوض فلم يملك فسخه قبل العجز عن العوض كالبيع ويجوز للعبد أن يمتنع من أداء المال لأن ما لا يلزمه اذا لم يجعل شرطا فى عتقه لم يلزمه اذا جعل شرطا فى عتقه كالنوافل وهل يملك أن يفسخ فيه وجهان من أصحابنا من قال لا يملك لأنه لا ضرر عليه فى البقاء على العقد ولا فائدة له فى الفسخ لم يملكه ومنهم من قال له أن يفسخ لأنه عقد لحظه فملك أن ينفرد بالفسخ كالمرتهن فان مات المولى لم يبطل العقد لانه لازم من جهته فلم يبطل بالموت كالبيع وينتقل المكاتب الى الوارث لأنه مملوك لا يبطل رقه بموت المولى فانتقل الى وارثه كالعبد القن وان مات العبد بطل العقد لأنه فات المعقود عليه قبل التسليم فبطل العقد كالمبيع اذا تلف قبل القبض ولا يجوز شرط الخيار فيه لأن الخيار لدفع الغبن عن المال والسيد يعلم أنه مغبون من جهة المملوك لأنه يبيع ماله بماله والعبد مخير بين أن يدفع المال وبين أن لا يدفع فلا معنى لشرط الخيار فان اتفقا على الفسخ جاز لأنه عقد يلحقه الفسخ بالعجز عن المال فجاز فسخه بالتراضى كالبيع

﴿ باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه ﴾

ويملك المكاتب بالعقد اكتساب المال بالبيع والاجارة والصدقة والهبة والاخذ بالشفعة والاحتشاش والاصطياد وأخذ المباحات وهو مع المولى كالاجنبى مع الاجنبى فى ضمان المال وبذل المنافع وأرش الاطراف لأنه صار بما بذله له من العوض عن رقبته كالخارج عن ملكه ويملك التصرف فى المال بما يعود الى مصلحته ومصلحة ماله فيجوز أن ينفق على نفسه لان ذلك من أهم المصالح وله أن يفدى فى حياته نفسه أو رقيقه لان له فيه مصلحة وله أن يختن غلامه ويؤدبه لانه اصلاح للمال وأما الحد فالمنصوص أنه لا يملك اقامته لان طريقه الولاية والمكاتب ليس من أهل الولاية ومن أصحابنا من قال له أن يقيم الحد كما يملك الحر فى عبده وله أن يقتص فى الجناية عليه وعلى رقيقه وذكر الربيع قولا آخر أنه لا يقتص من غير اذن المولى ووجهه أنه ربما عجز فيصير

ذلك للسيد فيكون قد أتلف الارش الذى كان للسيد أن يأخذه لو لم يقتص منه قال أصحابنا هذا القول من تخريج الربيع والمذهب أنه يجوز أن يقتص لان فيه مصلحة له

﴿ فصل ﴾ وان كان المكاتب جارية فوطئها المولى وجب عليه المهر ولها أن تطالب به لتستعين به على الكتابة لانه يجرى مجرى الكسب وان أذهب بكارتها لزمه الارش لانه اتلاف جزء لا يستحقه فضمن بدله كقطع الطرف وان أتت منه بولد صارت مكاتبة وأم ولد وقد بينا حكمهما فى أول الباب وان كانت مكاتبة بين اثنين فأولدها أحدهما نظرت فان كان معسرا صار نصيبه أم ولد وفى الولد وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة أن الولد ينعقد جميعه حرا ويثبت للشريك فى ذمة الواطئ نصف قيمته لانه يستحيل أن ينعقد نصف الولد حرا ونصفه عبدا والثانى وهو قول أبى اسحق ان نصفه حر ونصفه مملوك وهو الصحيح اعتبارا بقدر ما يملك منها ولا يمتنع أن ينعقد نصفه حرا ونصفه عبدا كالمرأة اذا كان نصفها حرا ونصفها مملوكا فأتت بولد فان نصفه حر ونصفه عبد وان كان موسرا فالولد حر وصار نصيبه من الجارية أم ولد ويقوم على الواطئ نصيب شريكه وهل يقوم فى الحال فيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما يقوم فى الحال فاذا قوم انفسخت الكتابة وصار جميعها أم ولد للواطئ ونصفها مكاتبا له فان أدت المال عتق نصفها وسرى الى باقيها والقول الثانى أنه يؤخر التقويم الى العجز فان أدت ما عليها عتقت عليها بالكتابة وان عجزت قوم على الواطئ نصيب شريكه وصار الجميع أم ولد وقال أبو على بن أبى هريرة لا يقوم فى الاستيلاد نصيب الشريك فى الحال قولا واحدا بل يؤخر الى أن تعجز لان التقويم فى العتق فيه حظ للعبد لانه يتعجل له الحرية فى الباقى ولا حظ لها فى التقويم فى الاستيلاد بل الحظ فى التأخير لانه اذا أخر ربما أدت المال فعتقت واذا قوم فى الحال صارت أم ولد ولا تعتق الا بالموت والصحيح هو الاول وأنه على قولين كالعتق لان الاستيلاد كالعتق بل هو أقوى لانه يصح من المجنون والعتق لا يصح منه فاذا كان فى التقويم فى العتق قولان وجب أن يكون فى الاستيلاد مثلاه

﴿ فصل ﴾ وان أتت المكاتبة بولد من نكاح أو زنا ففيه قولان أحدهما أنه موقوف فان رقت الام رق وان عتقت عتق لان الكتابة سبب يستحق به العتق فيتبع الولد الام فيه كالاستيلاد والثانى أنه مملوك يتصرف فيه لانه عقد يلحقه الفسخ فلم يسر الى الولد كالرهن فان قلنا انه للمولى كان حكمه حكم العبد القن فى الجناية والكسب والنفقة والوطء وان قلنا انه موقوف فقتل ففى قيمته قولان أحدهما أنها لامه تستعين بها فى الكتابة لان القصد بالكتابة تطلب حظها والثانى أنها للمولى لانه تابع للام وقيمة الام للمولى فكذلك قيمة ولدها فان كسب الولد مالا ففيه قولان أحدهما أنه للام لأنه تابع لها فى حكمها فكسبها لها فكذلك كسب ولدها والثانى أنه موقوف لان الكسب نماء الذات وذاته موقوفة فكذلك كسبه فعلى هذا يجمع الكسب فان عتق ملك الكسب كما تملك الام كسبها اذا عتقت وان رق بعجز الام صار الكسب للمولى فن أصحابنا من خرج فيه قولا ثالثا أنه للمولى كما قلنا فى قيمته فى أحد القولين وان أشرفت الام على العجز وكان فى كسب الولد وفاء بمال الكتابة ففيه قولان أحدهما أنه ليس للام أن تستعين به على الاداء لانه موقوف على السيد أو الولد فلم يكن للام فيه حق والثانى أن لها أن تأخذه وتؤديه لانها اذا أدت عتقت وعتق الولد فكان ذلك أحظ للولد من أن ترق و يأخذه المولى فان احتاج الولد الى النفقة ولم يكن فى كسبه ما يفى فان قلنا ان الكسب للمولى فالنفقة عليه وان قلنا انه للام فالنفقة عليها وان قلنا انه موقوف ففى النفقة وجهان أحدهما انها على المولى لانه مرصد لملكه والثانى أنها فى بيت المال لان المولى لا يملكه فلم يبق الا بيت المال وان كان الولد جارية فوطئها المولى فان قلنا ان كسبه له لم يجب عليه المهر لانه لو وجب لكان له وان قلنا انه للام فالمهر لها وان قلنا انه موقوف وقف المهر وان أحبلها صارت أم ولد له بشبهة الملك ولا تلزمه قيمتها لان القيمة تجب لمن يملكها والام لا تملك رقبتها وانما هى موقوفة عليها

﴿ فصل ﴾ وان حبس السيد المكاتب مدة ففيه قولان أحدهما يلزمه تخليته فى مثل تلك المدة لانه تدخل فى العقد على التمكين من التصرف فى المدة فلزمه الوفاء به والثانى تلزمه أجرة المثل للمدة التى حبسه فيها وهو الصحيح لان المنافع لا تضمن بالمثل وانما تضمن بالاجرة وان قهر أهل الحرب المكاتب على نفسه مدة ثم أفلت من أيديهم ففيه قولان أحدهما لا تجب تخليته فى

(قوله مرصد لملكه) أى مترقب يقال رصدت فلانا أرصده أى ترقبته وانتظرته ومنه قوله تعالى ان جهنم كانت مرصادا أى معدة لهم ترتقبهم (قوله ثم أفلت من أيديهم) بفتح الهمزة واللام يقال أفلت وتفلت وانفلت بمعنى وأفلته غيره

مثل المدة لانه لم يكن الحبس من جهته والثانى تجب لانه فات ما استحقه بالعقد ولافرق بين أن يكون بتفريط أو بغير تفريط كالمبيع اذا هلك فى يد البائع ولا يجىء ههنا ايجاب الاجرة على المولى لانه لم يكن الحبس من جهته فلا تلزمه أجرته

﴿ فصل ﴾ ولا يملك المكاتب التصرف الا على وجه النظر والاحتياط لان حق المولى يتعلق با كتسابه فان أراد أن يسافر فقد قال فى الام يجوز وقال فى الامالى لا يجوز بغير اذن المولى فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما لا يجوز لان فيه تغريرا والثانى يجوز لانه من أسباب الكسب ومنهم من قال ان كان السفر طويلا لم يجز وان كان قصيرا جاز وحمل القولين على هذين الحالين والصحيح هو الطريق الاول

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز أن يبيع نسيئة وان كان بأضعاف الثمن ولا على أن يأخذ بالثمن رهنا أو ضمينا لانه يخرج المال من يده من غير عوض والرهن قد يتلف والضمين قد يفلس وان باع ما يساوى مائة بمائة نقدا وعشرين نسيئة جاز لانه لا ضرر فيه ولا يجوز أن يقرض ولا يضارب ولا يرهن لانه اخراج مال بغير عوض

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز أن يشترى من يعتق عليه لانه يخرج ما لا يملك التصرف فيه بمال لا يملك التصرف فيه وفى ذلك اضرار وان وصى له بمن يعتق عليه فان لم يكن له كسب لم يجز قبوله لانه يحتاج أن ينفق عليه وفى ذلك اضرار وان كان له كسب جاز قبوله لانه لا ضرر فيه فان قبله ثم صار زمنا لا كسب له فله أن ينفق عليه لان فيه اصلاحا لماله

﴿ فصل ﴾ ولا يعتق ولا يكاتب ولا يهب ولا يحابى ولا يبرئ من الدين ولا يكفر بالمال ولا ينفق على أقارب به الاحرار ولا يسرف فى نفقة نفسه وان كان له أمة مزوجة لم تبذل العوض فى الخلع لان ذلك كله استهلاك للمال وان كان عليه دين مؤجل لم يملك تعجيله لانه يقطع التصرف فيما يعجله من المال من غير حاجة وان كان مكاتبا بين نفسين لم يجز أن يقدم حق أحدهما لأن ما يقدمه من ذلك يتعلق به حقهما فلا يجوز أن يخص به أحدهما وان أقر بجناية خطأ ففيه قولان أحدهما يقبل لأنه اقرار بالمال فقبل كما لو أقر بدين معاملة والثانى لا يقبل لأنه يخرج به الكسب من غير عوض فبطل كالهبة وان جنى هو أو عبد له يملك بيعه على أجنبى لم يجز أن يفديه بأ كثر من قيمته لأن الفداء كالابتياع فلا يجوز بأ كثر من القيمة وان كان عبد الا يملك بيعه كالأب والابن لم يجز أن يفديه بشىء قل أو كثر لأنه يخرج ما يملك التصرف فيه لاستبقاء ما لا يملك التصرف فيه

﴿ فصل ﴾ وان فعل ذلك كله باذن المولى ففيه قولان أحدهما لا يصح لأن المولى لا يملك ما فى يده والمكاتب لا يملك ذلك بنفسه فلا يصح باجتماعهما كالأخ اذا زوج أخته الصغيرة باذنها والثانى أنه يصح وهو الصحيح لأن المال موقوف عليهما ولا يخرج منهما فصح باجتماعهما كالشريكين فى المال المشترك والراهن والمرتهن فى الرهن وان وهب للمولى أو حاباه أو أقرضه أو ضاربه أو عجل له ما تأجل من ديونه أو فدى جنايته عليه بأ كثر من قيمته فان قلنا يصح للأجنبى باذن المولى صح وان قلنا لا يصح فى حق الأجنبى باذنه لم يصح لأن قبوله كالاذن فان وهب أو أقرض وقلنا انه لا يصح فله أن يسترجع فان لم يسترجع حتى عتق لم يسترجع على ظاهر النص لأنه انما لم يصح لنقصانه وقد زال ذلك ومن أصحابنا من قال له أن يسترجع لانه قد وقع فاسدا فثبت له الاسترجاع

﴿ فصل ﴾ ولا يتزوج المكاتب الا باذن المولى لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولانه يلزمه المهر والنفقة فى كسبه وفى ذلك اضرار بالمولى فلم يجز بغير اذنه فان أذن له المولى جاز قولا واحدا للخبر ولأن الحاجة تدعو اليه بخلاف الهبة

﴿ فصل ﴾ ولا يتسرى بجارية من غير اذن المولى لأنه ربما أحبلها فتلفت بالولادة فان أذن له المولى وقلنا ان العبد يملك ففيه طريقان من أصحابنا من قال على قولين كالهبة ومنهم من قال يجوز قولا واحدا لأنه ربما دعت الحاجة اليه فجاز كالنكاح فان

(قوله فهو عاهر) العاهر الزانى يقال عهر يعهر عهورا وعهارة اذا زنى وفجر (قوله ولا يتسرى بجارية) ذكر فى المهذب فى اشتقاق التسرى ثلاثة أوجه من السرى وهو الجودة أو من السر وهو الجماع أو من سراة الأديم وهو وسط الظهر . وذكر الجوهرى وجها آخر أنه مشتق من السر ور وهو الفرح . وأصله تسررت فأبدلت الراء الاخرى ياء كما قالوا تظنيت فى تظننت

أولدها فالولد ابنه ومملوكه لأنه ولد جاريته وتلزمه نفقته لأنه مملوكه بخلاف ولد الحرة ولا يعتق عليه لنقصان ملكه فان أدى المال عتق معه لأنه كمل ملكه وان رق رق معه

﴿ فصل ﴾ ويجب على المولى الايتاء وهو أن يضع عنه جزأ من المال أو يدفع اليه جزأ من المال لقوله عز وجل وآتوهم من مال الله الذي آتاكم وعن علي كرم الله وجهه أن النبي ﷺ قال في هذه الآية يحط عنه ربع الكتابة والوضع أولى من الدفع لأنه يتحقق الانتفاع به في الكتابة واختلف أصحابنا في القدر الواجب فمنهم من قال مايقع عليه الاسم من قليل وكثير وهو المذهب لان اسم الايتاء يقع عليه وقال أبو اسحاق يختلف باختلاف قلة المال وكثرته فان اختلفا قدره الحاكم باجتهاده كما قلنا في المتعة فان اختار الدفع جاز بعد العقد للآية وفي وقت الوجوب وجهان أحدهما يجب بعد العتق كما تجب المتعة بعد الطلاق والثاني أنه يجب قبل العتق لانه ايتاء وجب للمكاتب فوجب قبل العتق كالايتاء في الزكاة ولا يجوز الدفع من غير جنس مال الكتابة لقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فان دفع اليه من جنسه من غير ما أداه اليه ففيه وجهان أحدهما يجوز كما يجوز في الزكاة أن يدفع من غير المال الذي وجب فيه الزكاة والثاني لا يجوز وهو الصحيح للآية وان سبق المكاتب وأدى المال لزم المولى أن يدفع اليه لأنه مال وجب للآدمي فلم يسقط من غير أداء ولا ابراء كسائر الديون وان مات المولى وعليه دين حاص المكاتب أصحاب الديون ومن أصحابنا من قال يحاص أصحاب الوصايا لأنه دين ضعيف غير مقدر فسوى بينه وبين الوصايا والصحيح هو الأول لانه دين واجب خاص به الغرماء كسائر الديون وبالله التوفيق

﴿ باب الأداء والعجز ﴾

ولا يعتق المكاتب ولا شيء منه وقد بقي عليه شيء من المال لما روى عمرو بن شعيب رضي الله عنه عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم ولأنه علق عتقه على دفع مال فلا يعتق شيء منه مع بقاء جزء منه كما لو قال لعبده ان دفعت الى ألفا فانت حر فان كاتب رجلان عبدا بينهما ثم أعتق أحدهما نصيبه أو أبرأه مما عليه من مال الكتابة عتق نصيبه لانه برىء من جميع ماله عليه فعتق كما لو كاتب عبدا فأبرأه فان كان المعتق موسرا فقد قال أصحابنا يقوم عليه نصيب شريكه كما لو أعتق شركا له في عبد وعندي أنه يجب ان يكون على قولين أحدهما يقوم عليه والثاني لا يقوم كما قلنا في شريكين دبرا عبدا ثم أعتق أحدهما نصيبه أنه على قولين أحدهما يقوم والثاني لا يقوم فاذا قلنا انه يقوم عليه ففي وقت التقويم قولان أحدهما يقوم في الحال كما نقول فيمن أعتق شركا له في عبد والثاني يؤخر التقويم الى أن يعجز لانه قد ثبت للشريك حق العتق والولاء في نصيبه فلا يجوز ابطاله عليه وان كاتب عبده ومات وخلف اثنين فأبرأه أحدهما عن حصته عتق نصيبه لانه أبرأه من جميع ماله عليه فان كان الذي أبرأه موسرا فهل يقوم عليه نصيب شريكه فيه قولان أحدهما لا يقوم لان سبب العتق وجد من الاب ولهذا يثبت الولاء له والثاني يقوم عليه وهو الصحيح لان العتق تعجل بفعله فعلى هذا هل يتعجل التقويم والسراية فيه قولان أحدهما يتعجل لانه عتق يوجب السراية فتعجلت به كما لو أعتق شركا له في عبد والثاني يؤخر الى أن يعجز لان حق الاب في عتقه وولائه أسبق فلم يجز ابطاله وان كاتب رجلان عبدا بما يجوز وأذن أحدهما للآخر في تعجيل حق شريكه من المال وقلنا انه يصح الاذن عتق نصيبه وهل يقوم عليه نصيب شريكه فيه قولان أحدهما لا يقوم لتقدم سببه الذي اشتركا فيه والثاني يقوم لانه عتق نصيبه بسبب منه ومتى يقوم فيه قولان أحدهما يقوم في الحال لانه تعجل عتقه والثاني يؤخر الى أن يعجز لانه قد ثبت لشريكه عقد يستحق به العتق والولاء فلم يجز أن يقوم عليه ذلك فعلى هذا ان أدى عتق باقيه وان عجز قوم على المعتق وان مات قبل الاداء والعجز مات ونصفه حر ونصفه مكاتب

﴿ فصل ﴾ وان حل عليه نجم وعجز عن أداء المال جاز للمولى أن يفسخ العقد لأنه أسقط حقه بعوض فاذا تعذر العوض ووجد عين ماله جاز له أن يفسخ ويرجع الى عين ماله كما لو باع سلعة فأفلس المشتري بالثمن ووجد البائع عين ماله وان كان معه

(قوله ويجب على المولى الايتاء) أي الاعطاء يقال آتيت فلانا مالا أي أعطيته. وقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم أي أعطوهم من مال الله الذي أعطاكم (قوله حاص المكاتب أصحاب الديون) أي أخذ الحصة وهي النصيب وأصله حاصص فأدغم

مايؤديه فامتنع من أدائه جازله الفسخ لان تعذر العوض بالامتناع كتعذره بالعجز لانه لايمكن اجباره على أدائه وان عجزعن بعضه أوامتنع من أداء بعضه جازله أن يفسخ لانا بينا أن العتق فى الكتابة لايتبعض فكان تعذر البعض كتعذر الجميع و يجوز الفسخ من غير حاكم لانه فسخ مجمع عليه فلم يفتقر الى الحاكم كفسخ البيع بالعيب

﴿ فصل ﴾ وان حل عليه نجم ومعه متاع فاستنظر لبيع المتاع وجب انظاره لانه قادر على أخذ المال من غير اضرار ولايلزمه أن ينظر أكثر من ثلاثة أيام لان الثلاثة قليل فلاضرر عليه فى الانتظار ومازاد كثير وفى الانتظار اضرار وان طلب الانظار لمال غائب فان كان على مسافة لاتقصر فيها الصلاة وجب انظاره لانه قريب لاضرر فى انظاره وان كان على مسافة تقصر فيها الصلاة لم يجب لانه طويل وفى الانتظار اضرار وان طلب الانظار لاقتضاء دين فان كان حالا على ملىء وجب انظاره لانه كالعين فى يد المودع ولهذا تجب فيه الزكاة وان كان مؤجلا أوعلى معسر لم يجب الانظار لان عليه اضرارا فى الانظار فان حل عليه المال وهو غائب ففيه وجهان أحدهما له أن يفسخ لانه تعذر المال فجازله الفسخ والثانى ليس له أن يفسخ بل يرجع الى الحاكم ليكتب الى حاكم البلد الذى فيه المكاتب ليطالبه فان عجز أوامتنع فسخ لانه لايتعذر الاداء الابذلك فلايفسخ قبله وان حل عليه النجم وهو مجنون فان كان معه مال يسلم الى المولى عتق لانه قبض مايستحقه فبرئت به ذمته وان لم يكن معه شىء فعجزه المولى وفسخ ثم ظهرله مال نقض الحكم بالفسخ لانا حكمنا بالعجز فى الظاهر وقد بان خلافه فنقض كالوحكم الحاكم ثم وجد النص بخلافه وان كان قد أنفق عليه بعد الفسخ رجع بما أنفق لانه لم يتبرع بل أنفق على أنه عبده فان أفاق بعد الفسخ وأقام البينة أنه كان قد أدى المال نقض الحكم بالفسخ ولايرجع المولى بما أنفق عليه بعد الفسخ لانه تبرع لانه أنفق وهو يعلم أنه حر وان حل النجم فأحضر المال وادعى السيد أنه حرام ولم تكن له بينة فالقول قول المكاتب مع يمينه لانه فى يده والظاهر أنه له فان حلف خير المولى بين أن يأخذه و بين أن يبرئه منه فان لم يفعل قبض عنه السلطان لانه حق يدخله النيابة فاذا امتنع منه قام السلطان مقامه

﴿فصل﴾ وان قبض المال وعتق ثم وجد به عيبا فله أن يرد و يطالب بالبدل فان رضى به استقر العتق لأنه برئت ذمة العبد وان رده ارتفع العتق لأنه يستقر باستقرار الأداء وقد ارتفع الاداء بالرد فارتفع العتق وان وجد به العيب وقد حدث به عنده عيب ثبت له الارش فان دفع الارش استقر العتق وان لم يدفع ارتفع العتق لأنه لم يتم براءة الذمة من المال وان كاتبه على خدمة شهر ودينار ثم مرض بطلت الكتابة فى قدر الخدمة وفى الباقى طريقان أحدهما أنه على قولين والثانى أنه لايبطل قولا واحدا بناء على الطريقين فيمن ابتاع عينين ثم تلفت احداهما قبل القبض

﴿فصل﴾ فان أدى المال وعتق ثم خرج المال مستحقا بطل الحكم بعتقه لأن العتق يقع بالاداء وقد بان أنه لم يؤد وان كان الاستحقاق بعد موت المكاتب كان ماترك للمولى دون الورثة لانا قد حكمنا بأنه مات رقيقا

﴿فصل﴾ فان باع المولى مافى ذمة المكاتب وقلنا انه لايصح فقبضه المشترى فقد قال فى موضع يعتق وقال فى موضع لايعتق واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس فيه قولان أحدهما يعتق لانه قبضه باذنه فأشبه اذا دفعه الى وكيله والثانى وهو الصحيح أنه لايعتق لانه لم يقبضه للمولى وانما قبضه لنفسه ولم يصح قبضه لنفسه لانه لم يستحقه فصار كما لو لم يؤخذ وقال أبو اسحق هى على اختلاف حالين فالذى قال يعتق اذا أمره المكاتب بالدفع اليه لانه قبضه باذنه والذى قال لايعتق اذا لم يأمره بالدفع اليه لانه لم يأخذه باذنه وانما أخذه بما تضمنه البيع من الاذن والبيع باطل فبطل ماتضمنه

﴿فصل﴾ اذا اجتمع على المكاتب دين الكتابة ودين المعاملة وأرش الجناية وضاق مافى يده عن الجميع قدم دين المعاملة لانه يختص بما فى يده والسيد والمجنى عليه يرجعان الى الرقبة فان فضل عن الدين شىء قدم حق المجنى عليه لان حقه يقدم على حق المالك فى العبد القن فكذلك فى المكاتب وان لم يكن له شىء فأراد صاحب الدين تعجيزه لم يكن له ذلك لان حقه فى الذمة فلا فائدة فى تعجيزه بل تركه على الكتابة أنفع له لأنه ربما كسب مايعطيه واذا عجزه بقى حقه فى الذمة الى أن يعتق فان أراد المولى أو المجنى عليه تعجيزه كان له ذلك لأن المولى يرجع بالتعجيز الى رقبته والمجنى عليه يبيعه فى الجناية فان عجزه المولى انفسخت

(قوله مسافة) هى القطعة من الارض يسافر فيها وقد ذكرت

الكتابة وسقط دينه وهو بالخيار بين أن يسلمه للبيع فى الجناية و بين أن يفديه فان عجزه المجنى عليه نظرت فان كان الارش يحيط بالثمن بيع وقضى حقه وان كان دون الثمن بيع منه مايقضى منه الارش و بقى الباقى على الكتابة وان أدى كتابة باقيه عتق وهل يقوم الباقى عليه ان كان موسرا فيه وجهان أحدهما لا يقوم لأنه وجد سبب العتق قبل التبعيض والثانى يقوم عليه لأن اختياره للانظار كابتداء العتق

﴿ باب الكتابة الفاسدة ﴾

اذا كاتب على عوض محرم أو شرط باطل فللسيد أن يرجع فيها لأنه دخل على أن يسلم له ماشرط ولم يسلم فثبت له الرجوع وله أن يفسخ بنفسه لأنه مجمع عليه وان مات المولى أو جن أو حجر عليه بطل العقد لأنه غير لازم من جهته فبطل بهذه الاشياء كالعقود الجائزة فان مات العبد بطل لانه لا يلحقه العتق بعد الموت وان جن لم تبطل لأنه لازم من جهة العبد فلم تبطل بجنونه كالعتق المعلق على دخول الدار

﴿فصل﴾ وان أدى ما كاتبه عليه قبل الفسخ عتق لأن الكتابة تشتمل على معاوضة وهو قوله كاتبتك على كذا وعلى صفة وهو قوله فاذا أديت فأنت حر فاذا بطلت المعاوضة بقيت الصفة فعتق بها وان أداه الى غير من كاتبه لم يعتق لانه لم توجد الصفة فاذا عتق تبعه مافضل فى يده من الكسب وان كانت جارية تبعها الولد لانه جعل كالكتابة الصحيحة فى العتق فكانت كالصحيحة فى الكسب والولد

﴿فصل﴾ و يرجع السيد عليه بقيمته لانه أزال ملكه عنه بشرط ولم يسلم له الشرط وتعذر الرجوع اليه فرجع ببدله كما لو باع سلعة بشرط فاسد فتلفت فى يد المشترى و يرجع العبد على المولى بما أداه اليه لانه دفعه عما عليه فاذا لم يقع عما عليه ثبت له الرجوع فان كان مادفع من جنس القيمة وعلى صفتها كالأثمان وغيرها من ذوات الامثال ففيه أربعة أقوال أحدها انهما يتقاصان فسقط أحدهما بالآخر لانه لا فائدة فى أخذه ورده والثانى انه ان رضى أحدهما تقاصا وان لم يرض واحد منهما لم يتقاصا لانه اذا رضى أحدهما فقد اختار الراضى منهما قضاء ماعليه بالذى له على الآخر ومن عليه حق يجوز أن يقضيه من أى جهة شاء . والثالث انهما ان تراضيا تقاصا وان لم يتراضيا لم يتقاصا لانه اسقاط حق بحق فلم يجز الا بالتراضى كالحوالة . والرابع انهما لا يتقاصان بحال لانه بيع دين بدين وان أخذ من سهم الرقاب فى الزكاة فان لم يكن فيه وفاء استرجع منه وان كان فيه وفاء فقد قال فى الام يسترجع ولا يعتق لانه بالفساد خرج عن أن يكون من الرقاب ومن أصحابنا من قال لا يسترجع لانه كالكتابة الصحيحة فى العتق والكسب

﴿فصل﴾ فان كاتب عبدا صغيرا أو مجنونا فأدى ما كاتبه عليه عتق بوجود الصفة وهل يكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة مع البالغ فى ملك مافضل فى يده من الكسب وفى التراجع فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق انه لا يملك مافضل فى يده من الكسب ولا يثبت التراجع وهو رواية المزنى فى المجنون لان العقد مع الصبى ليس بعقد ولهذا لو ابتاع شيئا وقبضه وتلف فى يده لم يلزمه الضمان بخلاف البالغ فان عقده عقد يقتضى الضمان ولهذا لو اشترى شيئا ببيع فاسد وتلف عنده لزمه الضمان والثانى وهو قول أبى العباس انه يملك مافضل من الكسب و يثبت بينهما التراجع وهو رواية الربيع فى المجنون لانه كتابة فاسدة فأشبهت كتابة البالغ بشرط فاسد

﴿فصل﴾ وان كاتب بعض عبده وقلنا انه لا يصح فلم يفسخ حتى أدى المال عتق لوجود الصفة وتراجعا وسرى العتق الى باقيه لانه عتق بسبب منه فان كاتب شركا له فى عبد من غير اذن شريكه نظرت فان جمع كسبه ودفع نصفه الى الشريك ونصفه الى الذى كاتبه عتق لوجود الصفة فان جمع الكسب كله وأداه ففيه وجهان أحدهما لا يعتق لان الاداء يقتضى أداء ما يملك

﴿ ومن باب الكتابة الفاسدة ﴾

(قوله تقاصا) أصل المقاصة المماثلة من قولهم قص الخبر اذا حكاه فأداه على مثل ماسمع . والقصاص فى الجراح أن يستوفى مثل جرحه وكذلك سميت المقاصة فى الدين لان على كل واحد منهما لصاحبه مثل ما للآخر

التصرف فيه وما أداه من مال الشريك لا يملك التصرف فيه والثاني يعتق لان الصفة قد وجدت فان كاتبه باذن شريكه فان قلنا انه باطل فالحكم فيه كالحكم فيه اذا كاتبه بغير اذنه وان قلنا انه صحيح ودفع نصف الكسب الى الشريك ونصفه الى الذي كاتبه عتق فان جمع الكسب كله ودفعه الى الذي كاتبه فقد قال بعض أصحابنا فيه وجهان كالقسم قبله والمذهب انه لا يعتق لان الكتابة صحيحة والمغلب فيها حكم المعاوضة فاذا دفع فيها مالا يملكه صار كا لولم يؤد بخلاف القسم قبله فانها كتابة فاسدة والمغلب فيها الصفة واذا حكمنا بالعتق في هذه المسائل في نصيبه فان كان المعتق موسرا سرى الى نصيب الشريك وقوم عليه لانه عتق بسبب منه ولا يلزم العبد ضمان السراية لانه لم يلتزم ضمان ماسرى اليه

﴿فصل﴾ وان كاتب عبيدا على مال واحد وقلنا ان الكتابة صحيحة فأدى بعضهم عتق لانه برئ مما عليه وان قلنا ان الكتابة فاسدة فأدى بعضهم فالمنصوص انه يعتق لان الكتابة الفاسدة محمولة على الكتابة الصحيحة في الاحكام فكذلك في العتق بالاداء . ومن أصحابنا من قال لا يعتق وهو الاظهر لان العتق في الكتابة الفاسدة بالصفة وذلك لم يوجد بأداء بعضهم

﴿ باب اختلاف المولى والمكاتب ﴾

اذا اختلفا فقال السيد كاتبتك وأنا مغلوب على عقلي أو محجور علي فأنكر العبد فان كان قد عرف له جنون أو حجر فالقول قوله مع يمينه لان الاصل بقاؤه على الجنون أو الحجر وان لم يعرف له ذلك فالقول قول العبد لان الظاهر عدم الجنون والحجر وان اختلفا في قدر المال أو في نجومه تحالفا قياسا على المتبايعين اذا اختلفا في قدر الثمن أو في الاجل فان كان ذلك قبل العتق فهل تنفسخ بنفس التحالف أو يفتقر الى الفسخ فيه وجهان كما ذكرناه في المتبايعين وان كان التحالف بعد العتق لم يرتفع العتق ويرجع المولى بقيمته ويرجع المكاتب بالفضل كما نقول في البيع الفاسد

﴿فصل﴾ وان وضع شيئا عنه من مال الكتابة ثم اختلفا فقال السيد وضعت النجم الاخير وقال المكاتب بل الأول فالقول قول السيد وان كاتبه على ألف درهم فوضع عنه خمسين دينارا لم يصح لأنه أبرأه مما لا يملكه فان قال أردت ألف درهم بقيمة خمسين دينارا صح وان اختلفا فيما عنى فادعى المكاتب انه عنى ألف درهم بقيمة خمسين دينارا أو أنكر السيد ذلك فالقول قول السيد لأن الظاهر معه ولانه أعرف بما عنى وان أدى المكاتب ما عليه فقال له المولى أنت حر وخرج المال مستحقا فادعى العبد ان عتقه بقوله أنت حر وقال المولى أردت أنك حر بما أديت وقد بان انه مستحق فالقول قول السيد لانه يحتمل الوجهين وهو أعرف بقصده وان قال السيد استوفيت أو قال العبد أليس أوفيتك فقال بلى فادعى المكاتب انه وفاه الجميع وقال المولى بل وفاني البعض فالقول قول السيد لان الاستيفاء لا يقتضي الجميع

﴿فصل﴾ وان كان المكاتب جارية وأتت بولد فاختلفا في ولدها وقلنا ان الولد يتبعها فقالت الجارية ولدته بعد الكتابة فهو موقوف معي وقال المولى بل ولدته قبل الكتابة فهو لي فالقول قول السيد لان هذا اختلاف في وقت العقد والسيد يقول العقد بعد الولادة والمكاتبة تقول قبل الولادة والاصل عدم العقد وان كاتب عبدا ثم زوجه أمته ثم اشترى المكاتب زوجته وأتت بولد فقال السيد أتت به قبل الشراء فهو لي وقال العبد بل أتت به بعد ما اشتريتها فهو لي فالقول قول العبد لان هذا الاختلاف في الملك والظاهر مع العبد لانه في يده بخلاف المسألة قبلها فان هناك لم يختلفا في الملك وانما اختلفا في وقت العقد

﴿فصل﴾ وان كاتب عبدين فأقر انه استوفى ما على أحدهما أو أبرأ أحدهما واختلف العبدان فادعى كل واحد منهما انه هو الذي استوفى منه أو أبرأه رجع الى المولى فان أخبر انه أحدهما قبل منه لانه أعرف بمن استوفى منه أو أبرأه فان طلب الآخر يمينه حلف له وان ادعى المولى انه أشكل عليه لم يقرع بينهما لانه قد يتذكر فان ادعيا انه يعلم حلف لكل واحد منهما وبقيا على الكتابة ومن أصحابنا من قال ترد الدعوى عليهما فان حلفا أو نكلا بقيا على الكتابة وان حلف أحدهما ونكل الآخر عتق الحالف وبقي الآخر على الكتابة وان مات المولى قبل أن يعين ففيه قولان أحدهما يقرع بينهما لان الحرية تعينت لاحدهما ولا يمكن التعيين بغير القرعة فوجب تمييزها بالقرعة كما لو قال لعبدين أحدكما حر . والثاني انه لا يقرع لان الحرية تعينت في

فى أحدهما فاذا أقرع لم يؤمن ان تخرج القرعة على غيره فعلى هذا يرجع الى الوارث فان قال لا أعلم حلف لكل واحد منهما و بقيا على الكتابة على ماذكرناه فى المولى

﴿فصل﴾ وان كاتب ثلاثة أعبد فى عقود أو فى عقد على مائة وقلنا انه يصح وقيمة أحدهم مائة وقيمة كل واحد من الآخرين خمسون فأدوا مالا من أيديهم ثم اختلفوا فقال من كثرت قيمته النصف لى ولكل واحد منكما الربع وقال الآخران بل المال بيننا أثلاثا و يبقى عليك تمام النصف و يفضل لكل واحد منا ما زاد على الربع فقد قال فى موضع القول قول من كثرت قيمته وقال فى موضع القول قول من قلت قيمته فن أصحابنا من قال هى على قولين أحدهما ان القول قول من قلت قيمته وان المؤدى بينهم أثلاثا لان يد كل واحد منهم على ثلث المال والثانى ان القول قول من كثرت قيمته لان الظاهر معه فان العادة ان الانسان لا يؤدى أكثر مما عليه ومنهم من قال هى على اختلاف حالين فالذى قال القول قول من كثرت قيمته اذا وقع العتق بالاداء لان الظاهر انه لا يؤدى أكثر مما عليه والذى قال ان القول قول من قلت قيمته اذا لم يقع العتق بالاداء فيؤدى من قلت قيمته أكثر مما عليه ليكون الفاضل له من النجم الثانى والدليل عليه أنه قال فى الام اذا كاتبهم على مائة فأدوا ستين فاذا قلنا انه بينهم على العدد أثلاثا فأراد العبدان ان يرجعا بما فضل لهما لم يجز لان الظاهر أنهما تطوعا بالتعجيل فلا يرجعان به و يحتسب لهما من النجم الثانى

﴿فصل﴾ وان كاتب رجلان عبدا بينهما فادعى المكاتب انه أدى اليهما مال الكتابة فأقر أحدهما وأنكر الآخر عتق حصة المقر والقول قول المنكر مع يمينه فاذا حلف بقيت حصته على الكتابة فله أن يطالب المقر بنصف ما أقر بقبضه وهو الربع لحصول حقه فى يده و يطالب المكاتب بالباقى وله أن يطالب المكاتب بالجميع وهو النصف فان قبض حقه منهما أو من أحدهما عتق المكاتب وليس لاحد من المقر والمكاتب أن يرجع على صاحبه بما أخذ منه لان كل واحد منهما يدعى أن الذى ظلمه هو المنكر فلا يرجع على غيره وان وجد المكاتب عاجزا فعجزه أحدهما رق نصفه قال الشافعى رحمه الله ولا يقوم على المقر لان التقويم لحق العبد وهو يقول أنا حر مسترق ظلما فلا يقوم ولا تقبل شهادة المصدق على المكاتب لانه يدفع بها ضررا من استرجاع نصف ما فى يده فان ادعى المكاتب انه دفع جميع المال الى أحدهما ليأخذ منه النصف و يدفع الى شريكه النصف نظرت فان قال المدعى عليه دفعت الى كل واحد منا النصف وأنكره الآخر عتق حصة المدعى عليه باقراره و بقيت حصة المنكر على الكتابة من غير يمين لانه لا يدعى عليه واحد منهما تسليم المال اليه وله أن يطالب المكاتب بجميع حقه وله أن يطالب المقر بنصفه والمكاتب بنصفه ولا يرجع واحد منهما بما يؤخذ منه على الآخر لأن كل واحد منهما يدعى ان الذى ظلمه هو المنكر فلا يرجع على غيره فان استوفى المنكر حقه منهما أو من المكاتب عتقت حصته وصار المكاتب حرا وان عجز المكاتب فاسترقه فقد قال الشافعى رحمه الله انه يقوم على المقر ووجهه انه عتق نصيبه بسبب من جهته وقال فى المسئلة قبلها لا يقوم فن أصحابنا من نقل جوابه فى كل واحدة منهما الى الاخرى فجعلهما على قولين ومنهم من قال يقوم ههنا ولا يقوم فى المسئلة قبلها على ما نص عليه لان فى المسئلة قبلها يقول المكاتب أنا حر فلا أستحق التقويم على أحد وههنا يقول نصفى مملوك فأستحق التقويم وان قال المدعى عليه قبضت المال وسلمت نصفه الى شريكى وأمسكت النصف لنفسى وأنكر الشريك القبض عتق حصة المدعى عليه والقول قول المنكر مع يمينه لأن المقر يدعى التسليم اليه فاذا حلف بقيت حصته على الكتابة وله أن يطالب المكاتب بجميع حقه بالعقد وله أن يطالب المقر باقراره بالقبض فان رجع على المقر لم يرجع المقر على المكاتب لانه يقول ان شريكى ظلمنى وان رجع على المكاتب رجع المكاتب على المقر صدقه على الدفع أو كذبه لانه فرط فى ترك الاشهاد فان حصل للمنكر ماله من أحدهما عتق المكاتب وان عجز المكاتب عن أداء حصة المنكر كان للمنكر أن يسترق نصيبه فاذا رق قوم على المقر لأنه عتق بسبب كان منه وهو الكتابة و يرجع المنكر على المقر بنصف ما أقر بقبضه لأنه بالتعجيز استحق نصف كسبه وان حصل المال من جهة المكاتب عتق باقيه ورجع المكاتب على المقر بنصف ما أقر بقبضه لأنه كسبه

﴿ كتاب عتق أمهات الاولاد ﴾

اذا علقت الأمة بولد حر فى ملك الواطئ صارت أم ولد له فلا يملك بيعها ولا هبتها ولا الوصية بها لما ذكرناه فى البيوع فان مات السيد عتقت لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال من ولدت منه أمته فهى حرة من بعد موته وتعتق من رأس المال لانه اتلاف حصل بالاستمتاع فاعتبر من رأس المال كالاتلاف بأكل الطيب ولبس الناعم وان علقت بولد مملوك فى غير ملك من زوج أو زنا لم تصر أم ولد له لان حرمة الاستيلاد انما تثبت للام بحرية الولد والدليل عليه أن رسول الله ﷺ ذكرت له مارية القبطية فقال أعتقها ولدها والولد ههنا مملوك فلا يجوز أن تعتق الأم بسببه وان علقت بولد حر بشبهة من غير ملك لم تصر أم ولد فى الحال فاذا ملكها ففيه قولان أحدهما لا تصير أم ولد لأنها علقت منه فى غير ملكه فأشبه اذا علقت منه فى نكاح فاسد أو زنا والثانى انها تصير أم ولد لانها علقت منه بحر فأشبه اذا علقت منه فى ملكه وان علقت بولد مملوك فى ملك ناقص وهى جارية المكاتب اذا علقت من مولاها ففيه قولان أحدهما انها لا تصير أم ولد لانها علقت منه بمملوك والثانى انها تصير أم ولد لانه قد ثبت لهذا الولد حق الحرية ولهذا لا يجوز بيعه فثبت هذا الحق لأمه

﴿فصل﴾ وان وطئ أمته فأسقطت جنينا ميتا كان حكمه حكم الولد الحى فى الاستيلاد لأنه ولد وان أسقطت جزءا من الآدمى كالعين والظفر أو مضغة فشهد أربع نسوة من أهل المعرفة والعدالة انه تخطط وتصور ثبت له حكم الولد لأنه قد علم انه ولد وان ألقت مضغة لم تتصور ولم تتخطط وشهد أربع من أهل العدالة والمعرفة انه مبتدأ خلق الآدمى ولو بقى لكان آدميا فقد قال ههنا ما يدل على انها لا تصير أم ولد وقال فى العدد تنقضى به العدة فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما الى الأخرى وجعلها على قولين أحدهما لا يثبت له حكم الولد فى الاستيلاد ولا فى انقضاء العدة لأنه ليس بولد والثانى يثبت له حكم الولد فى الجميع لأنه خلق بشر فأشبه اذا تخطط ومنهم من قال لا يثبت له حكم الولد فى الاستيلاد وتنقضى به العدة لأن حرمة الاستيلاد تتعلق بوجود الولد ولم يوجد الولد والعدة تراد لبراءة الرحم وبراءة الرحم تحصل بذلك

﴿فصل﴾ ويملك استخدام أم الولد واجارتها ويملك وطأها لانها باقية على ملكه وانما ثبت لها حق الحرية بعد الموت وهذه التصرفات لا تمنع العتق فبقيت على ملكه وهل يملك تزويجها فيه ثلاثة أقوال أحدها يملك لأنه يملك رقبتها ومنفعتها فملك تزويجها كالأمة القنة والثانى يملك تزويجها برضاها ولا يملك من غير رضاها لأنها تستحق الحرية بسبب لا يملك المولى ابطاله فملك تزويجها برضاها ولا يملك بغير رضاها كالمكاتبة والثالث لا يملك تزويجها بحال لانها ناقصة فى نفسها وولاية المولى عليها ناقصة فلم يملك تزويجها كالأخ فى تزويج أخته الصغيرة فعلى هذا هل يجوز للحاكم تزويجها باذنهما فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة انه لا يملك لأنه قائم مقامهما ويعقد باذنهما فاذا لم يملك العقد باجتماعهما لم يملك مع من يقوم مقامهما والثانى وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه يملك تزويجها لانه يملك بالحكم ما لا يملك بالولاية وهو تزويج الكافرة

﴿فصل﴾ وان أتت أم الولد بولد من نكاح أو زنا تبعها فى حقها من العتق بموت السيد لأن الاستيلاد كالعتق المنجز ثم الولد يتبع الأم فى العتق فكذلك فى الاستيلاد فان ماتت الأم قبل موت السيد لم يبطل الحكم فى ولدها لأنه حق استقر له فى حياة الأم فلم يسقط بموتها

﴿ ومن كتاب عتق أمهات الأولاد ﴾

(قوله مارية القبطية) بغير تشديد. والمرو ضرب من الرياحين لعلها سميت به قال الأعشى:

* وآس وخيرى ومرو وسمسق * السمسق المرزنجوش. وروى وسوسن ولعلها منقولة من مارية للطائر المعروف

(قوله تخطط وتصور) أى ظهر فيه خلق الآدمى وتبين كما يتبين الخط فى الشيء الذى يخطط بقلم أو حديدة وسوى ذلك. وتصور ظهر فيه صورة الآدمى (قوله وان ألقت مضغة) المضغة القطعة وجمعها مضغ. والمضغة الواحدة من اللحم. وقلب الانسان مضغة من جسده وفى الحديث ان فى ابن آدم مضغة اذا أصلحت صلح الجسد كله

﴿فصل﴾ وان جنت أم الولد لزم المولى أن يفديها لأنه منع من بيعها بالاحبال ولم يبلغ بها الى حال يتعلق الأرش بذمتها فلزمه ضمان جنايتها كالعبد القن اذا جنى وامتنع المولى من بيعه ويفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو أرش الجناية قولا واحدا لان فى العبد القن انما فداه بارش الجناية بالغا ما بلغ فى أحد القولين لانه يمكن بيعه فربما رغب فيه من يشتريه بأكثر من قيمته وأم الولد لا يمكن بيعها فلا يلزمه أن يفديها بأكثر من قيمتها وان جنت ففداها بجميع القيمة ثم جنت ففيه قولان أحدهما يلزمه أن يفديها لانه انما لزمه أن يفديها فى الجناية الأولى لأنه منع من بيعها ولم يبلغ بها حالة يتعلق الأرش بذمتها وهذا موجود فى الجناية الثانية فوجب أن تفدى كالعبد القن اذا جنى وامتنع من بيعه ثم جنى وامتنع من بيعه والقول الثانى وهو الصحيح أنه لا يلزمه أن يفديها بل يقسم القيمة التى فدى بها الجناية الأولى بين الجنايتين على قدر أرشهما لانه بالاحبال صار كالمتلف لرقبتها فلم يضمن أكثر من قيمتها ويخالف العبد القن فانه فداه لانه امتنع من بيعه والامتناع يتكرر فتكرر الفداء وههنا لزمه الفداء للاتلاف بالاحبال وذلك لا يتكرر فلم يتكرر الفداء وان جنت ففداها ببعض قيمتها ثم جنت فان بقى من قدر قيمتها ما يفدى به الجناية الثانية لزمه أن يفديها وان بقى ما يفدى به بعض الجناية الثانية فعلى القولين ان قلنا يلزمه أن يفدى الجناية الثانية لزمه أن يفديها وان قلنا يشارك الثانى الاول فى القيمة ضم ما بقى من قيمتها الى ما فدى به الجناية الأولى ثم يقسم الجميع بين الجنايتين على قدر أرشهما

﴿فصل﴾ وان أسلمت أم ولد نصرانى تركت على يد امرأة ثقة وأخذ المولى بنفقتها الى أن تموت فتعتق لانه لا يمكن بيعها لما فيه من ابطال حقها من العتق المستحق بالاستيلاد ولا يمكن اعتاقها لما فيه من ابطال حق المولى ولا يمكن اقرارها فى يده لما فيه من الصغار على الاسلام فلم يبق الا ما ذكرناه وان كاتب كافر عبدا كافرا ثم أسلم العبد بقى على الكتابة لانه أسلم فى حال لا يمكن مطالبة المالك ببيعه أو اعتاقه وهو خارج عن يده وتصرفه فبقى على حالته فان عجز ورق أمر ببيعه

﴿ باب الولاء ﴾

اذا أعتق الحر مملوكا ثبت له عليه الولاء لما روت عائشة رضى الله عنها قالت اشتريت بريرة واشترط أهلها ولاءها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتق فانما الولاء لمن أعتق وان عتق عليه بتدبير أو كتابة أو استيلاد أو قرابة أو أعتق عنه غيره ثبت له عليه الولاء لأنه عتق عليه فثبت له الولاء كما لو باشر عتقه وان باع الرجل عبده من نفسه ففيه وجهان أحدهما انه يثبت له عليه الولاء لأنه لم يثبت عليه رق غيره والثانى لا ولاء عليه لأحد لانه لم يعتق عليه فى ملكه ولا يملك العبد الولاء على نفسه فلم يكن عليه ولاء

﴿ فصل ﴾ وان أعتق المكاتب عبدا باذن المولى وصححنا عتقه ففى ولائه قولان أحدهما انه للسيد لان العتق لا ينفك من الولاء والمكاتب ليس من أهله فوجب أن يكون للسيد والثانى انه موقوف فان عتق فهو له فان عجز فهو للسيد لأن المعتق هو المكاتب فوقف الولاء عليه فان مات العبد المعتق قبل عجز المكاتب أو عتقه ففى ماله قولان أحدهما انه موقوف على ما يكون من أمر المكاتب كالولاء والثانى انه للسيد لأن الولاء يجوز أن ينتقل فجاز أن يقف والارث لا يجوز أن ينتقل فلم يجز أن يقف

﴿فصل﴾ وان أعتق مسلم نصرانيا أو أعتق نصرانى مسلما ثبت له الولاء لأن الولاء كالنسب والنسب يثبت مع اختلاف الدين فكذلك الولاء وان أعتق المسلم نصرانيا فلحق بدار الحرب فسبى لم يجز استرقاقه لأن عليه ولاء المسلم فلا يجوز ابطاله وان أعتق ذمى عبده فلحق بدار الحرب وسبى ففيه وجهان أحدهما لا يجوز أن يسترق لأنه لا يلزمنا حفظ ماله فلم يجز ابطال ولائه بالاسترقاق كالمسلم والثانى يجوز لأن معتقه لو لحق بدار الحرب جاز استرقاقه فكذلك عتيقه وان أعتق حربى عبدا حربيا ثبت له عليه الولاء فان سبى العبد المعتق أو سبى مولاه واسترق بطل ولاؤه لأنه لا حرمة له فى نفسه ولا ماله وان أعتق ذمى عبدا ثم لحق بدار الحرب فملكه عبده وأعتقه صار كل واحد منهما مولى للآخر لأن كل واحد منهما أعتق الآخر

﴿ فصل ﴾ وان اشترك اثنان فى عتق عبد اشتركا فى الولاء لاشتراكهما فى العتق وان كاتب رجل عبدا ومات وخلف اثنين فأعتق أحدهما نصيبه أو أبرأه مما له عليه فان قلنا لا يقوم عليه فأدى ما عليه للآخر كان ولاؤه للاثنين لأنه عتق بالكتابة على

(قوله باشر عتقه) أى تولاه بنفسه ولم يعلقه على عتق صاحبه

الأب وقد ثبت له الولاء فانتقل اليهما وان عجز عما عليه للآخر فرق نصيبه ففي ولاء النصف المعتق وجهان أحدهما انه بينهما لأنه عتق بحكم الكتابة فثبت الولاء للأب وانتقل اليهما والثاني انه للمعتق خاصة لأنه هو الذي أعتقه ووقف الآخر عن العتق وان قلنا انه يقوم في الحال فقوم عليه ثبت الولاء للمقوم عليه في المقوم لأن بالتقويم انفسخت الكتابة فيه وعتق عليه وأما النصف الآخر فانه عتق بالكتابة وفي ولائه وجهان أحدهما انه بينهما والثاني انه للمعتق خاصة وان قلنا يؤخر التقويم فان أدى عتق بالكتابة وكان الولاء لهما وان عجز ورق قوم على المعتق وثبت له الولاء على النصف المقوم لأنه عتق عليه والنصف الآخر عتق بالكتابة وفي ولائه وجهان

﴿ فصل ﴾ ولا يثبت الولاء لغير المعتق فان أسلم رجل على يد رجل أو التقط لقيطا لم يثبت له عليه الولاء لحديث عائشة رضي الله عنها فانما الولاء لمن أعتق وانما في اللغة موضوع لاثبات المذكور ونفي ما عداه فدل على اثبات الولاء للمعتق ونفيه عمن عداه ولأن الولاء ثبت بالشرع ولم يرد الشرع في الولاء الا لمن أعتق وهذا المعنى لا يوجد في غيره فلا يلحق به

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز بيع الولاء ولا هبته لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان رسول الله ﷺ نهى عن بيع الولاء وعن هبته ولأن الولاء كالنسب والدليل عليه قوله ﷺ الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب لا يصح بيعه وهبته فكذلك الولاء وان أعتق عبدا سائبة على ان لا ولاء عليه عتق وثبت له الولاء لقوله عز وجل ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ولأن هذا في معنى الهبة وقد بينا انه لا يصح هبته

﴿ فصل ﴾ وان مات العبد المعتق وله مال ولا وارث له ورثه المولى لما روى يونس عن الحسن ان رجلا أتى النبي ﷺ برجل وقال اشتريته وأعتقته فقال هو مولاك ان شكرك فهو خير له وان كفرك فهو شر له وخير لك فقال فما أمر ميراثه فقال ان ترك عصبة فالعصبة أحق والا فالولاء وان كان له عصبة لم يرث المخبر ولأن الولاء فرع للنسب فلا يورث به مع وجوده وان كان له من يرث الفرض فان كان ممن يستغرق المال بالفرض لم يرثه لأنه اذا لم ترث العصبات مع من يستغرق المال بالفرض فلأن لا يرث المولى أولى وان كان ممن لا يستغرق المال ورث ما فضل عن أهل الفرض لما روى عبد الله بن شداد قال أعتقت ابنة حمزة مولى لها فمات وترك ابنته وابنة حمزة فاعطى النبي ﷺ ابنة حمزة النصف وابنته النصف

﴿ فصل ﴾ وان مات العبد والمولى ميت كان الولاء لعصبات المولى دون سائر الورثة لأن الولاء كالنسب لما ذكرناه من الخبر والنسب الى العصبات دون غيرهم ويقدم الاقرب فالاقرب لما روى سعيد بن المسيب رحمة الله عليه ان النبي ﷺ قال المولى أخ في الدين ونعمة يرثه أولى الناس بالمعتق ولأن في عصبات الميت يقدم الاقرب فالاقرب وكذلك في عصبات المولى فان كان للمولى ابن وابنة كان الميراث للابن دون البنت لانا بينا انه لا يرث الولاء غير العصبات والبنت ليست من العصبات ولان الولاء كالنسب ثم المرأة لا ترث بالقرابة من الميت اذا تباعد نسبها منه وهي بنت الاخ والعمة فلأن لا ترث بنت المولى وهو مؤخر عن النسب أولى وان كان له أب وابن أو أب وابن ابن فالميراث للابن لأن تعصيب الابن أقوى لانه يسقط تعصيب الاب فان لم يكن بنون فالولاء للاب دون الجد والاخ لانه أقرب منهما وان ترك جدا وأخا ففيه قولان أحدهما انهما يشتركان كما يشتركان في ارث النسب والثاني يقدم الاخ لأن تعصيبه كتعصيب الابن وتعصيب الجد كتعصيب الاب وانما لم يقدم في ارث النسب للاجماع وليس في الولاء

(قوله الولاء لحمة كلحمة النسب) اللحمة بالضم القرابة. ولحمة الثوب ولحم البازي يضم ويفتح. وقال ابن الاعرابي لحمة القرابة ولحمة الثوب مفتوحان. واللحمة ما يصاد به الصيد وعامة الناس يقولون لحمة في الثلاثة (قوله وان أعتق عبدا سائبة على ان لا ولاء عليه) لقوله تعالى ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام: فالبحيرة الناقة التي تنتج خمسة أبطن توالى نتاجهن وكان الخامس ذكرا نحروه وأكله الرجال والنساء، فان كان الخامس أنثى نحروا أذنها أي شقوها وكان حراما على النساء لحمها ولبنها فاذا ماتت حلت للنساء. والبحر الشق وسمي البحر بحرا لأن الله تعالى جعله مشقوقا في الأرض شقا. والسائبة البعير يسيب لنذر يكون على الرجل أي يسيب فلا يمنع عن مرعى ولا ماء. وأصله من تسييب الدابة وهو ارسالها كيف شاءت. وكان أبو العالية سائبة. والوصيلة في الغنم قال العزيز كانت الشاة اذا ولدت سبعة أبطن فان كان السابع ذكرا ذبح فأكل منه الرجال والنساء

اجماع فوجب ان يقدم فان ترك جدا وابن أخ فهو على القولين ان قلنا ان الجد والاخ يشتركان قدم الجد وان قلنا ان الاخ يقدم قدم ابنه وان ترك أبا الجد والعم فعلى القولين ان قلنا ان الجد والاخ يشتركان قدم أبو الجد وان قلنا ان الاخ يقدم قدم العم وان اجتمع الاخ من الاب والأم والأخ من الأب قدم الاخ من الاب والام كما يقدم فى الارث بالنسب ومن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما يقدم لما قلناه والثانى انهما سواء لان الأم لا ترث بالولاء فلا يرجح بها من يدلى بها فان لم يكن للمولى عصبة وله مولى فالولاء لمولاه لأن المولى كالعصبة فان لم يكن له مولى فلعصبة مولاه فان لم يكن له مولى ولا عصبة مولى وهناك مولى لعصبة المولى نظرت فان كان مولى أخيه أو مولى ولده لم يرث لأن انعامه على أخيه لا يتعدى اليه وان كان مولى أبيه أو جده ورث لأن انعامه عليه انعامه على نسله

﴿ فصل ﴾ فان أعتق عبدا ثم مات وخلف اثنين ثم مات أحدهما وترك ابنا ثم مات العبد وله مال ورثه الكبر من عصبة المولى وهو الابن دون ابن الابن لما روى الشعبي قال قضى عمر وعلى وزيد رضى الله عنهم ان الولاء للكبر ولأن الولاء يورث به ولا يورث والدليل عليه ماروى جابر رضى الله عنه ان النبي ﷺ قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث فاذا ثبت انه لا يورث ثبت انه انما يورث بما ثبت للمولى من الولاء فوجب ان يكون للكبر لأنه أقرب الى المولى وان مات المولى وخلف ثلاثة بنين ثم مات أحدهم وخلف ابنا ومات الثانى وخلف أربعة ومات الثالث وخلف خمسة ثم مات العبد المعتق كان ماله بين العشرة بالسوية لتساويهم فى القرب ولو ظهر للمولى مال كان بينهم أثلاثا لابن الابن الثلث وللأربعة الثلث وللخمسة الثلث لأن المال انتقل الى أولاده أثلاثا ثم انتقل ماورث كل واحد منهم الى أولاده والولاء لم ينتقل الى أولاده وانما ورثوا مال العبد لقربهم من المولى الذى ثبت له الولاء وهم فى القرب منه سواء فتساووا فى الميراث

﴿ فصل ﴾ اذا تزوج عبد لرجل بمعتقة لرجل فأتت منه بولد ثبت لمولى الام الولاء على الولد لأنه عتق باعتاق الام فكان ولاؤه لمولاها فان أعتق بعد ذلك مولى العبد عبده انجر ولاء الولد من موالى الام الى موالى العبد والدليل عليه ماروى هشام بن عروة عن أبيه قال مر الزبير بموال لرافع بن خديج فأعجبوه فقال لمن هؤلاء فقالوا هؤلاء موال لرافع بن خديج أمهم لرافع بن خديج وأبوهم عبد لفلان فاشترى الزبير أباهم فاعتقه ثم قال أنتم موالى فاختصم الزبير ورافع الى عثمان رضى الله عنه فقضى عثمان للزبير قال هشام فلما كان معاوية خاصموا فيهم أيضا فقضى لنا معاوية ولأن الولاء فرع للنسب والنسب معتبر بالارث وانما ثبت لمولى الام لعدم الولاء من جهة الأب كولد الملاعنة نسب الى الام لعدم النسب من جهة الأب فاذا ثبت الولاء على الأب عاد الولاء الى موضعه كولد الملاعنة اذا اعترف به الزوج وان أعتق جد الولد دون الأب ففى ولائه ثلاثة أوجه أحدها ينجر الولاء الى معتقه لأنه كالاب فى الانتساب اليه والولادة فكان كالاب فى جر الولاء الى معتقه والثانى لا ينجر لان بينه وبين الولد الاب فلا ينجر الولاء الى معتقه كالاخ والثالث ان كان الاب حيا لم ينجر الولاء الى معتقه وان كان ميتا انجر لان مع موته ليس غيره أحق ومع حياته من هو أحق فان قلنا انه ينجر الولاء الى معتقه فانجر ثم أعتق الاب انجر من مولى الجد الى مولى الاب لانه أقوى من الجد فى النسب وأحكامه

﴿ فصل ﴾ وان تزوج عبد رجل بامة آخر فأتت منه بولد ثم أعتق السيد الامة وولدها ثبت له عليها الولاء فان أعتق العبد بعد ذلك لم ينجر ولاء الولد الى مولى العبد والفرضيون يعبرون عن علة ذلك انه ولد مسه الرق ثم ناله العتق والعلة فى ذلك ان المعتق أنعم على الولد بالعتق فكان أحق بولائه ممن أنعم على أبيه وتخالف ماقبلها فان أحدهما أنعم على الام والآخر أنعم على الاب فقدم المنعم على الاب لان النسب اليه والولاء فرع للنسب وههنا أحدهما أنعم على الولد نفسه والآخر أنعم على أبيه فقدم المنعم عليه على المنعم على أبيه وان تزوج عبد لرجل بجارية آخر فحبلت منه ثم أعتقت الجارية وهى حامل ثبت الولاء على الجارية وحملها فان أعتق العبد بعد ذلك لم ينجر الولاء الى مولاه لما ذكرناه من العلة وان تزوج حر لا ولاء عليه بمعتقة رجل فأتت منه بولد لم

وان كانت أنثى تركت فى الغنم وان كانت ذكرا وأنثى قالوا وصلت أخاها فلم تذبح لمكانها وكان لحمها حراما على النساء ولبن الأم حراما على النساء الا ان يموت شىء فيأكله الرجال والنساء. وأما الحامى فهو الفحل اذا ركب ولد ولده ويقال اذا نتج من صلبه عشرة أبطن قالوا حمى ظهره فلم يركب ولا يمنع من مرعى ولا يخلى من ماء (قوله الكبر) بضم الكاف يعنى الكبير الادنى تعصيبا

يثبت عليه الولاء لمولى الام لان الاستدامة فى الاصول أقوى من الابتداء ثم ابتداء الحرية فى الاب تسقط استدامة الولاء لمولى الام فلان تمنع استدامة الحرية فى الاب ابتداء الولاء لمولى الام أولى وان تزوج عبد لرجل بمعتقة لآخر وأولدها ولدا ثبت الولاء على الولد لموالى الام فان اشترى الولد اباه عتق عليه وثبت له الولاء عليه وهل ينجر ولاء نفسه بعتق الاب فيه وجهان أحدهما لا ينجر لانه لا يملك ولاء نفسه فعلى هذا يكون ولاؤه باقيا لموالى الام والثانى انه ينجر ولاء نفسه بعتق أبيه ولا يملكه على نفسه ولكن يزيل به الولاء عن نفسه ويصير حرا لا ولاء عليه لأن عتق الأب يزيل الولاء عن معتق الام

﴿ فصل ﴾ اذا مات رجل وخلف اثنين وعبدا فادعى العبد ان المولى كاتبه فصدقه أحدهما وكذبه الآخر فأدى الى المصدق كتابته عتق نصفه وفى ولائه وجهان أحدهما ان الولاء بينهما لأنه عتق بسبب كان من أبيهما فكان الولاء بينهما والثانى ان الولاء للمصدق لأن المكذب اسقط حقه بالتكذيب فصار كما لو حلف أحد الأخوين على دين لابيهما فأخذ نصفه فان الآخر لا يشاركه فى نصفه وان تزوج المكاتب بحرة فأولدها فان كان على الحرة ولاء لمعتق كان له ولاء الولد فان عتق الاب بالاداء جر ولاء ولده من معتق الام الى معتقه فان اختلف مولاه ومولى الام فقال مولى المكاتب قد عتق المكاتب بالاداء وجر الى ولاء الولد وقال مولى الام لم يعتق وولاء الولد لى نظرت فان كان المكاتب حيا عتق باقرار سيده وانجر الولاء الى معتقه ولا يمين عليه ولا على السيد وان كان قد مات واختلف السيد ومولى الام فان كان للسيد المكاتب بينة شاهدان أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين قضى له لانها بينة على المال وان لم تكن له بينة فالقول قول مولى الام مع يمينه لانا تيقنا رق المكاتب وثبوت الولاء لمعتق الام فلا ينتقل عنه من غير بينة وبالله التوفيق

﴿ كتاب الفرائض ﴾

الفرائض باب من أبواب العلم وتعلمها فرض من فروض الدين والدليل عليه ماروى ابن مسعود رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ تعلموا الفرائض وعلموها الناس فانى امرؤ مقبوض وان العلم سيقبض وتظهر الفتن حتى يختلف الاثنان فى الفريضة فلا يجدا من يفصل بينهما

﴿ فصل ﴾ واذا مات الميت بدئ من ماله بكفنه ومؤنة تجهيزه لما روى خباب بن الارت قال قتل مصعب ابن عمير رضى الله عنه يوم أحد وليس له الا نمرة كنا اذا غطينا بها رأسه خرجت رجله واذا غطينا رجله خرج رأسه فقال النبى صلى الله عليه وسلم غطوا بها رأسه واجعلوا على رجله من الاذخر ولان الميراث انما انتقل الى الورثة لانه استغنى عنه الميت وفضل عن حاجته والكفن ومؤنة التجهيز لا يستغنى عنه فقدم على الارث و يعتبر ذلك من رأس المال لأنه حق واجب فاعتبر من رأس المال كالدين

﴿ فصل ﴾ ثم يقضى دينه لقوله عز وجل من بعد وصية يوصى بها أو دين ولأن الدين تستغرقه حاجته فقدم على الارث وهل ينتقل ماله الى الورثة قبل قضاء الدين اختلف أصحابنا فيه فذهب أبو سعيد الاصطخرى رحمه الله الى أنه لا ينتقل بل هو باق على ملكه الى أن يقضى دينه فان حدث منه فوائد كـكسب العبد وولد الأمة ونتاج البهيمة تعلق بها حق الغرماء لأنه لو بيع كانت العهدة على الميت دون الورثة فدل على أنه باق على ملكه وذهب سائر أصحابنا الى أنه ينتقل الى الورثة فان حدثت منها فوائد لم يتعلق بها حق الغرماء وهو المذهب لأنه لو كان باقيا على ملك الميت لوجب أن يرثه من أسلم أو اعتق من أقاربه قبل قضاء الدين ولوجب أن لا يرثه من مات من الورثة قبل قضاء الدين وان كان الدين أكثر من قيمة التركة فقال الوارث أنا أفكها بقيمتها وطالب الغرماء ببيعها ففيه وجهان بناء على القولين فيما يفدى به المولى جناية العبد أحدهما لا يجب بيعها لأن الظاهر

﴿ ومن كتاب الفرائض ﴾

سميت فرائض لكثرة ذكر الفرض فيها (قوله ومؤنة تجهيزه) أى تهيئته وجهازه من الكفن والحنوط والغسل، يقال جهزت العروس الى زوجها اذا هيئت وقد ذكر فى الجنائز (قوله وليس له الا نمرة) النمرة بردة مخططة من صوف تلبسها الاعراب وقد ذكرت أيضا وذكر الاذخر

أنها لا تشترى بأكثر من قيمتها وقد بذل الوارث قيمتها فوجب أن تقبل والثانى يجب بيعها لأنه قد يرغب فيها من يزيد على القيمة فوجب بيعها

﴿ فصل ﴾ ثم تنفذ وصاياه لقوله عزوجل من بعد وصية يوصى بها أودين ولأن الثلث بقى على حكم ملكه ليصرفه فى حاجاته فقدم على الميراث كالدين

﴿ فصل ﴾ ثم تقسم التركة بين الورثة والاسباب التى يتوارث بها الورثة المعينون ثلاثة رحم وولاء ونكاح لأن الشرع ورد بالارث بها وأما المؤاخاة فى الدين والموالاة فى النصرة والارث فلا يورث بها لأن هذا كان فى ابتداء الاسلام ثم نسخ بقوله عز وجل وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله

﴿ فصل ﴾ والوارثون من الرجال عشرة الابن وابن الابن وان سفل والاب والجد أبو الأب وان علا والأخ وابن الأخ والعم وابن العم والزوج ومولى النعمة والوارثات من النساء سبع البنت و بنت الابن والأم والجدة والاخت والزوجة ومولاة النعمة لأن الشرع ورد بتوريثهم على مانذكره ان شاء الله تعالى فأما ذووا الارحام وهم الذين لا فرض لهم ولا تعصيب فانهم لا يرثون وهم عشرة ولد البنات وولد الاخوات و بنات الاخوة و بنات الاعمام وولد الاخوة من الأم والعم من الأم والعمة والخال والخالة والجد أبو الأم ومن يدلى بهم والدليل عليه ما روى أبو امامة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال ان الله تعالى أعطى كل ذى حق حقه ولا وصية لوارث فأخبر انه أعطى كل ذى حق حقه فدل على ان كل من لم يعطه شيئا فلا حق له ولأن بنت الأخ لا ترث مع أخيها فلم ترث كبنت المولى ولا يرث العبد المعتق من مولاه لما ذكرناه من حديث أبى أمامة ولقوله صلى الله عليه وسلم انما الولاء لمن أعتق

﴿ فصل ﴾ ولا يرث المسلم من الكافر ولا الكافر من المسلم أصليا كان أو مرتدا لما روى أسامة بن زيد رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ويرث الذمى من الذمى وان اختلفت أديانهم كاليهودى من النصرانى والنصرانى من المجوسى لأنه حقن دمهم بسبب واحد فورث بعضهم من بعض كالمسلمين ولا يرث الحربى من الذمى ولا الذمى من الحربى لأن الموالاة انقطعت بينهما فلم يرث أحدهما من الآخر كالمسلم والكافر

﴿ فصل ﴾ ولا يرث الحر من العبد لأن مامعه من المال لا يملكه فى أحد القولين وفى الثانى يملكه ملكا ضعيفا ولهذا لو باعه رجع الى مالكه فكذلك اذا مات ولا يرث العبد من الحر لأنه لا يورث بحال فلم يرث كالمرتد ومن نصفه حر ونصفه عبد لا يرث وقال المزنى يرث بقدر مافيه من الحرية ويحجب بقدر مافيه من الرق والدليل على أنه لا يرث انه ناقص بالرق فى النكاح والطلاق والولاية فلم يرث كالعبد وهل يورث منه ماجمعه بالحرية فيه قولان قال فى الجديد يرثه ورثته لأنه مال ملكه بالحرية فورث عنه كالحر وقال فى القديم لا يورث لأنه اذا لم يرث بحريته لم يورث بها وما الذى يصنع بماله قال الشافعى رضى الله عنه يكون لسيده وقال أبو سعيد الاصطخرى يكون لبيت المال لأنه لا يجوز أن يكون لسيده لأنه جمعه بالحرية فلا يجوز أن يورث لرقه فجعل لبيت المال ليصرف فى المصالح كمال لا مالك له

﴿ فصل ﴾ ومن أسلم أو أعتق على ميراث لم يقسم لم يرث لأنه لم يكن وارثا عند الموت فلم يرث كما لو أسلم أو أعتق بعد القسمة وان دبر رجل أخاه فعتق بموته لم يرثه لأنه صار حرا بعد الموت وان قال له أنت حر فى آخر جزء من أجزاء حياتى المتصل بالموت ثم مات عتق من ثلثه وهل يرثه فيه وجهان أحدهما لا يرثه لأن العتق فى المرض وصية والارث والوصية لا يجتمعان والثانى يرثه ولا يكون عتقه وصية لأن الوصية تملك بموت الموصى وهذا لم يملك نفسه بموته وان قال فى مرضه ان مت بعد شهر فأنت اليوم حر فمات بعد شهر عتق يوم تلفظ وهل يرثه على الوجهين

﴿ فصل ﴾ واختلف أصحابنا فيمن قتل مورثه فمنهم من قال ان كان القتل مضمونا لم يرثه لأنه قتل بغير حق وان لم يكن مضمونا ورثه لانه قتل بحق فلا يحرم به الارث ومنهم من قال ان كان متهما كالمخطئ أو كان حاكما فقتله فى الزنا بالبينة لم يرثه لانه متهم فى قتله لاستعجال الميراث وان كان غير متهم بأن قتله باقراره بالزنا ورثه لانه غير متهم لاستعجال الميراث ومنهم من قال لا يرث القاتل بحال وهو الصحيح لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال لا يرث القاتل شيئا ولان القاتل حرم الارث حتى

لا يجعل ذريعة الى استعجال الميراث فوجب أن يحرم بكل حال لحسم الباب

﴿فصل﴾ واختلف قول الشافعى رحمه الله فيمن بت طلاق امرأته فى المرض المخوف واتصل به الموت فقال فى أحد القولين انها ترثه لأنه متهم فى قطع ارثها فورثت كالقاتل لما كان متهما فى استعجال الميراث لم يرث والثانى انها لا ترث وهو الصحيح لانها بينونة قبل الموت فقطعت الارث كالطلاق فى الصحة فاذا قلنا انها ترث فالى أى وقت ترث فيه ثلاثة أقوال أحدها ان مات وهى فى العدة ورثت لأن حكم الزوجية باق وان مات وقد انقضت العدة لم ترث لانه لم يبق حكم الزوجية والثانى أنها ترث ما لم تتزوج لأنها اذا تزوجت علمنا أنها اختارت ذلك والثالث أنها ترث أبدا لأن توريثها للفرار وذلك لا يزول بالتزويج فلم يبطل حقها وأما اذا طلقها فى المرض ومات بسبب آخر لم ترث لانه بطل حكم المرض وان سألته الطلاق لم ترث لأنه غير متهم وقال أبو على ابن أبى هريرة ترث لان عثمان بن عفان رضى الله عنه ورث تماضر بنت الاصبغ من عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه وكانت سألته الطلاق وهذا غير صحيح فان ابن الزبير خالف عثمان فى ذلك وان علق طلاقها فى الصحة على صفة تجوز أن توجد قبل المرض فوجدت الصفة فى حال المرض لم ترث لأنه غير متهم فى عقد الصفة وان علق طلاقها فى المرض على فعل من جهتها فان كان فعلا يمكنها تركه ففعلت لم ترث لأنه غير متهم فى ميراثها وان كان فعلا لا يمكنها تركه كالصلاة وغيرها فهو على القولين وان قذفها فى الصحة ثم لاعنها فى المرض لم ترث لأنه مضطر الى اللعان لدرء الحد فلا تلحقه التهمة وان فسخ نكاحها فى مرضه بأحد العيوب ففيه وجهان أحدهما أنه كالطلاق فى المرض والثانى أنها لا ترث لانه يستند الى معنى من جهتها ولأنه محتاج الى الفسخ لما عليه من الضرر فى المقام معها على العيب

﴿ فصل ﴾ وان طلقها فى المرض ثم صح ثم مرض ومات أو طلقها فى المرض ثم ارتدت ثم عادت الى الاسلام ثم مات لم ترثه قولا واحدا لأنه أتت عليها حالة لو مات سقط ارثها فلم يعد

﴿ فصل ﴾ وان مات متوارثان بالغرق أو الهدم فان عرف موت أحدهما قبل الآخر ونسى وقف الميراث الى أن يتذكر لأنه يرجى أن يتذكر وان علم انهما ماتا معا أو لم يعلم موت أحدهما قبل الآخر أو علم موت أحدهما قبل موت الآخر ولم يعرف بعينه جعل ميراث كل واحد منهما لمن بقى من ورثته ولم يورث أحدهما من الآخر لأنه لا تعلم حياته عند موت صاحبه فلم يرثه كالجنين اذا خرج ميتا

﴿ فصل ﴾ وان أسر رجل أو فقد ولم يعلم موته لم يقسم ماله حتى يمضى زمان لا يجوز أن يعيش فيه مثله وان مات له من يرثه دفع الى كل وارث أقل ما يصيبه ووقف الباقى الى أن يتبين أمره

﴿ باب ميراث أهل الفرائض ﴾

وأهل الفرائض هم الذين يرثون الفروض المذكورة فى كتاب الله عز وجل وهى النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس وهم عشرة الزوج والزوجة والأم والجدة والبنت وبنت الابن والأخت وولد الام والاب مع الابن وابن الابن والجد مع الابن وابن الابن فأما الزوج فله فرضان النصف وهو اذا لم يكن معه ولد ولا ولد ابن والربع وهو اذا كان معه ولد أو ولد ابن والدليل عليه قوله عز وجل ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين فأما الزوجة فلها أيضا فرضان الربع اذا لم يكن معها ولد ولا ولد ابن والثمن اذا كان معها ولد أو ولد ابن والدليل عليه قوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين فنص على فرضها مع وجود الولد وعدم الولد وقسنا ولد الابن فى ذلك على ولد الصلب لاجماعهم على انه كولد الصلب فى الارث والتعصيب فكذلك فى حجب الزوجين وللزوجتين والثلاث والأربع ما للواحدة من الربع والثمن لعموم الآية

(قوله حتى لا يجعل ذريعة) الذريعة الوسيلة أى يتوصل بها الى الميراث (قوله لحسم الباب) الحسم القطع ومنه قيل للسيف حسام أى قاطع (قوله بت طلاق امرأته) البت القطع. بته يبته اذا قطعه (قوله لدرء الحد) الدرء الدفع. درأ مدرءا أى دفعا (قوله كالجنين) مشتق من الجنة وهى السترة. يقال جن واستجن اذا استتر وقد ذكر

﴿ فصل ﴾ وأما الأم فلها ثلاثة فروض أحدها الثلث وهو اذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ولا اثنان فصاعدا من الاخوة والأخوات لقوله عز وجل و ورثه أبواه فلأمه الثلث والفرض الثانى السدس وذلك فى حالين أحدهما أن يكون للميت ولد أو ولد ابن والدليل عليه قوله تعالى ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد ففرض لها السدس مع الولد وقسنا عليه ولد الابن والثانى أن يكون له اثنان فصاعدا من الاخوة والأخوات والدليل عليه قوله عز وجل فان كان له اخوة فلأمه السدس ففرض لها السدس مع الاخوة وأقلهم ثلاثة وقسنا عليهم الاخوين لأن كل فرض تغير بعدد كان الاثنان فيه كالثلاثة كفرض البنات والفرض الثالث ثلث ما يبقى بعد فرض الزوجين وذلك فى مسألتين فى زوج وأبوين أو زوجة وأبوين للام ثلث ما يبقى بعد فرض الزوجين والباقى للأب والدليل عليه ان الاب والام اذا اجتمعا كان للاب الثلثان وللام الثلث فاذا زاحمهما ذو فرض قسم الباقى بعد الفرض بينهما على الثلث والثلثين كما لو اجتمعا مع بنت

﴿ فصل ﴾ وأما الجدة فان كانت أم الام أو أم الاب فلها السدس لما روى قبيصة بن ذؤيب قال جاءت الجدة الى أبى بكر رضى الله عنه فسألته عن ميراثها فقال أبو بكر الصديق رضى الله عنه ليس لك فى كتاب الله شىء وما علمت لك فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فارجعى حتى أسأل الناس فسأل عنها فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطاها السدس فقال أبو بكر رضى الله عنه هل معك غيرك فقام محمد بن مسلمة الأنصارى رضى الله عنه فقال مثل ما قال فأنفذه لها أبو بكر رضى الله عنه ثم جاءت الجدة الأخرى الى عمر رضى الله عنه فسألته ميراثها فقال لها مالك فى كتاب الله عز وجل شىء وما كان القضاء الذى قضى به الا لغيرك وما أنا بزائد فى الفرائض شيئا ولكن هو ذلك السدس فان اجتمعتما فيه فهو بينكما فأيكما خلت به فهو لها وان كانت أم أبى الام لم ترث لانها تدلى بغير وارث وان كانت أم أبى الاب ففيه قولان أحدهما انها ترث وهو الصحيح لانها جدة تدلى بوارث فورثت كأم الام وأم الاب والثانى أنها لا ترث لانها جدة تدلى بجد فلم ترث كأم أبى الام فان اجتمعت جدتان متحاذيتان كأم الام وأم الاب فالسدس بينهما لما ذكرناه فان كانت احداهما أقرب نظرت فان كانتا من جهة واحدة ورثت القربى دون البعدى لأن البعدى تدلى بالقربى فلم ترث معها كالجد مع الاب وأم الام مع الام وان كانت القربى من جهة الاب والبعدى من جهة الام ففيه قولان أحدهما أن القربى تحجب البعدى لانهما جدتان ترث كل واحدة منهما اذا انفردت فحجبت القربى منهما البعدى كما لو كانت القربى من جهة الام والثانى لا تحجبها وهو الصحيح لان الاب لا يحجب الجدة من جهة الام فلأن لا تحجبها الجدة التى تدلى به أولى وتخالف القربى من جهة الام فان الام تحجب الجدة من قبل الاب فحجبتها أمها والاب لا يحجب الجدة من قبل الام فلم تحجبها أمه فان اجتمعت جدتان احداهما تدلى بولادتين بان كانت أم أم أب وأم أم أم والاخرى تدلى بولادة واحدة كأم أبى أب ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس أن السدس يقسم بين الجدتين على ثلاثة فتأخذ التى تدلى بولادة سهما وتأخذ التى تدلى بولادتين سهمين والثانى وهو الصحيح انهما سواء لانه شخص واحد فلا يأخذ فرضين

﴿ فصل ﴾ وأما البنت فلها النصف اذا انفردت لقوله تعالى وان كانت واحدة فلها النصف وللاثنتين فصاعدا الثلثان لما روى جابر بن عبد الله قال جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله ﷺ فقالت يارسول الله هاتان ابنتا سعد قتل أبوهما معك يوم أحد ولم يدع عمهما لهما مالا الا أخذه فماترى يارسول الله والله لا تنكحان الا ولهما مال فقال رسول الله ﷺ يقضى الله فى ذلك فنزلت اليه سورة النساء يوصيكم الله فى أولادكم فقال رسول الله ﷺ ادعوا لى المرأة وصاحبها فقال لعمهما أعطهما الثلثين وأعط أمهما الثمن وما بقى فلك فدلت الآية وهو قوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك على فرض ما زاد على الاثنتين ودلت السنة على فرض الثنتين

(قوله وأيكما خلت به) أى انفردت به مأخوذ من الموضع الخالى الذى ليس فيه أحد (قوله جدتان متحاذيتان) أى متساويتان وحذاء الشىء ازاؤه. يقال قعد بحذائه وحاذاه أى صار بحذائه (قوله تدلى بالقربى) و يدلى الأب أى يتوصل و يمت وهو من ادلاء الدلو الى الماء ومنه قول عمر رضى الله عنه حين استسقى بالعباس رضى الله عنه دلونا به اليك مستشفعين. وأدلى بحجته أى احتج بها وهو يدلى برحمه أى يمت بها (قوله الام تحجب الجدة) والحجب وهم يحجبون كله بمعنى يمنعون. وحجبه أى منعه من الدخول وأصل الحجاب الستر الذى يمنع عن النظر (قوله فصاعدا) هو من الصعود والارتفاع الى فوق أى فما فوق ذلك منعه (قوله وان كن نساء فوق اثنتين) المراد به الاثنتين فصاعدا كقوله تعالى فاضربوا فوق الاعناق والمراد اضربوا الاعناق

(فصل) وأما بنت الابن فلها النصف اذا انفردت وللاثنتين فصاعدا الثلثان لاجماع الامة على ذلك ولبنت الابن مع بنت الصلب السدس تكملة الثلثين . لما روى الهزيل بن شرحبيل قال جاء رجل الى أبي موسى وسلمان بن ربيعة رضي الله عنهما فسألهما عن بنت وبنت ابن وأخت فقالا للبنت النصف وللاخت النصف وآت عبد الله فانه سيتابعنا فأتى عبد الله فقال انى قد ضللت اذا وما أنا من المهتدين لاقضين بينهما بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين وما بقى فللاخت ولأن بنت الابن ترث فرض البنات ولم يبق من فرض البنات الا السدس وهكذا ان ترك بنتا وعشر بنات ابن كان للبنت النصف ولبنات الابن السدس تكملة الثلثين لما ذكرناه من المعنى وان ترك بنتا وبنت ابن ابن أو بنات ابن ابن أسفل من البنت بدرج كان لهن السدس لأنه بقية فرض البنات ولبنت ابن الابن أو بنات ابن الابن مع بنت الابن من السدس تكملة الثلثين ما لبنت الابن و بنات الابن مع بنت الصلب وعلى هذا أبدا

(فصل) وأما الأخت للاب والأم فلها النصف اذا انفردت وللاثنتين فصاعدا الثلثان لقوله عز وجل يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وللثلاث فصاعدا ما للاثنتين لأن كل فرض يتغير بالعدد كان الثلاث فيه كالاثنتين كالبنات وللاخت من الاب عند عدم الاخت من الاب والام النصف اذا انفردت وللاثنتين فصاعدا الثلثان لان ولد الاب مع ولد الاب والام كولد الابن مع ولد الصلب فكان ميراثهم كميراثهم

(فصل) والأخوات من الاب والام مع البنات عصبة ومع بنات الابن والدليل عليه ما ذكرناه من حديث الهزيل بن شرحبيل وروى ابراهيم عن الاسود قال قضى فينا معاذ بن جبل رضي الله عنه على عهد رسول الله ﷺ فى امرأة تركت بنتها وأختها للبنت النصف وللاخت النصف وعن الاسود قال كان ابن الزبير لا يعطى الاخت مع البنت شيئا فقلت ان معاذا قضى فينا باليمن فأعطى البنت النصف والاخت النصف قال فأنت رسولى بذلك فان لم تكن أخوات من الاب والام فالاخوات من الاب لانهن يرثن ما يرث الاخوات من الاب والام عند عدمهن

(فصل) وأما ولد الام فللواحد السدس وللاثنين فصاعدا الثلث والدليل عليه قوله عز وجل وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث والمراد به ولد الام والدليل عليه ما روى ان عبد الله وسعدا كانا يقرآن وله أخ أو أخت من أم وسوى بين الذكور والاناث للآية ولانه ارث بالرحم المحض فاستوى فيه الذكر والانثى كميراث الابوين مع الابن

(فصل) وأما الاب فله السدس مع الابن وابن الابن لقوله عز وجل ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك وان كان له ولد ففرض له السدس مع الابن وقيس عليه اذا كان مع ابن الابن لان ابن الابن كالابن فى الحجب والتعصيب وأما الجد فله السدس مع الابن وابن الابن لاجماع الامة

(فصل) ولا ترث بنت الابن مع الابن ولا الجدة أم الاب مع الاب لانها تدلى به ومن أدلى بعصبة لم يرث معه كابن الابن مع الابن والجد مع الاب ولا ترث الجدة من الام مع الام لانها تدلى بها ولا الجدة من الاب لان الام فى درجة الاب والجدة فى درجة الجد فلم ترث معها كما لا يرث الجد مع الأب

(فصل) ولا يرث ولد الام مع أربعة مع الولد وولد الابن والاب والجد لقوله عز وجل وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فورثهم فى الكلالة والكلالة من سوى الوالد والولد والدليل عليه ما روى جابر رضي الله عنه قال جاءنى النبي ﷺ يعودنى وأنا مريض لا أعقل فتوضأ وصب من وضوئه علىّ فعقلت فقلت يا رسول الله لمن الميراث وانما يرثنى كلالة قال فنزلت آية الفرض وروى أنه قال كيف أصنع فى مالى ولى أخوات فنزلت آية المواريث يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة والكلالة هو من ليس له ولد ولا والد وله اخوة ولأن الكلالة مشتق من الاكليل وهو الذى يحتاط بالرأس

(قوله قد ضللت اذا) ضل الرجل عن الطريق اذا لم يعرفه ولم يهتد له فهو ضال (قوله تكملة) هى تفعلة من الكمال مثل تكرمة من الاكرام ومنه ولا تقعد على تكرمته الا باذنه

من الجوانب والذين يحيطون بالميت من الجوانب الاخوة فأما الوالد والولد فليسا من الجوانب بل أحدهما من أعلاه والآخر من أسفله ولهذا قال الشاعر يمدح بني أمية

ورثتم قناة الملك لا عن كلالة * عن ابني مناف عبد شمس وهاشم

﴿فصل﴾ ولا يرث ولد الأب والأم مع ثلاثة مع الابن وابن الابن والأب والدليل عليه قوله عز وجل يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فورثهم في الكلالة وقد بينا ان الكلالة أن لا تكون والدا ولا ولدا

﴿فصل﴾ واذا استكمل البنات الثلثين ولم يكن مع من دونهن من بنات الابن ذكر لم يرثن . لما روى الأعمش عن ابراهيم قال قال زيد رضي الله عنه اذا استكمل البنات الثلثين فليس لبنات الابن شيء الا أن يلحق بهن ذكر فيرد عليهن بقية المال اذا كان أسفل منهن رد على من فوقه للذكر مثل حظ الأنثيين وان كن أسفل منه فليس لهن شيء و بقية المال له دونهن ولانا لو ورثنا من دونهن من بنات الابن فرضا مستأنفا لم يجز لأنه ليس للبنات بالبنوة أكثر من الثلثين وان شركنا بينهن و بين بنات الابن لم يجز لأنهن أنزل منهن بدرجة فلا يجوز أن يشاركنهن وان استكمل الاخوات للاب والام الثلثين ولم يكن مع الاخوات للاب ذكر يعصبهن لم يرثن لما ذكرناه من المعنى في البنات و بنات الابن

﴿فصل﴾ ومن لا يرث ممن ذكرناه من ذوي الارحام أو كان عبدا أو قاتلا أو كافرا لم يحجب غيره من الميراث لانه ليس بوارث فلم يحجب كالاجنبي

﴿فصل﴾ وان اجتمع أصحاب فروض ولم يحجب بعضهم بعضا فرض لكل واحد منهم فرضه فان زادت سهامهم على سهام المال أعيلت بالسهم الزائد ودخل النقص على كل واحد منهم بقدر فرضه فان ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما وأختين من الام وأختين من الاب والام فللزوج النصف وللام السدس وللاختين من الام الثلث وللاختين من الاب والام الثلثان وأصل الفريضة من ستة وتعول الى عشرة وهو أكثر ما تعول اليه الفرائض لانها عالت بثلثيها وتسمى أم الفروخ لكثرة السهام العائلة وتسمى الشريحية لانها حدثت في أيام شريح وقضى فيها وان مات رجل وخلف ثلاث زوجات وجدتين وأربع أخوات من الام وثماني أخوات من الاب والام فللزوجات الربع وللجدتين السدس وللاخوات من الام الثلث وللاخوات من الاب والام الثلثان وأصلها من اثني عشر وتعول الى سبعة عشر وهو أكثر ما يعول اليه هذا الاصل وتسمى أم الارامل وان مات رجل وخلف زوجة وأبوين وابنتين فللزوجة الثمن وللابوين السدسان وللابنتين الثلثان وأصلها من أربعة وعشرين وتعول الى سبعة وعشرين وتسمى المنبرية لانه روي ان عليا كرم الله وجهه سئل عن ذلك وهو على المنبر فقال صار ثمنها تسعا وان ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما وأختا من أب وأم فللزوج النصف وللاخت النصف وللام الثلث وأصلها من ستة وتعول الى ثمانية وهي أول مسئلة أعيلت في خلافة عمر رضي الله عنه وتعرف بالمباهلة فان ابن عباس رضي الله عنه أنكر العول وقال هذان النصفان ذهبا بالمال فأين موضع الثلث فقيل له والله لئن مت أو متنا فيقسم ميراثنا الا على ما عليه القوم قال فلندع أبناءنا وأبناءهم ونساءنا ونساءهم وأنفسنا

(قوله قناة الملك) القناة الرمح وجمعها قنوات وقني على فعول وقناء مثل جبل وجبال وقوله * عن ابني مناف عبد شمس وهاشم * لان بني أمية ورثوا الخلافة عن عثمان رضي الله عنه وأبوه من بني عبد شمس وأم أمه من بني هاشم وهي البيضاء بنت عبد المطلب بن هاشم جدته لامه عمة النبي ﷺ (قوله الكلالة) مفسرة في الكتاب قال الجوهري هي مصدر كل الرجل يكل كلالة. قال ويقال هي مصدر من تكلله النسب أي تطرفه كأنه أخذ طرفيه من جهة الولد والوالد وليس منهما أحد فيسمى بالمصدر (قوله يعصبهن) والعصبة والتعصيب كله مشتق من العصابة لانها تحيط بجميع الميراث كما تحيط العصابة بجميع الرأس والعصب هو اللي الشديد (قوله اعيلت) وعالت أي ارتفعت فزادت سهامها فيدخل النقص على أهل الفرائض. وقال ابو عبيد اصله من الميل وقد ذكر قال ابو طالب بميزان صدق لا تفل شعيرة * له شاهد من أهله غير عائل وأكثر ما تعول اليه ان ترتفع وتزيد من الستة الى العشرة ونحو ذلك (قوله أم الفروخ) شبهت بالطائر الذي له فروخ كثيرة كالدجاج والقبج ونحوه. وام الارامل لان اهل الفرض فيها كلهم نساء (قوله المباهلة) هي الملاعنة يقال عليه بهلة الله وبهلة الله أي لعنة الله

وأنفسهم ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين والدليل على اثبات العول انها حقوق مقدرة متفقة فى الوجوب ضاقت التركة عن جميعها فقسمت التركة على قدرها كالديون

﴿فصل﴾ وان اجتمع فى شخص جهتا فرض كالمجوسى اذا تزوج ابنته فأتت منه ببنت فان الزوجة صارت أم البنت وأختها من الأب والبنت بنت الزوجة وأختها فان ماتت البنت ورثتها الزوجة بأقوى القرابتين وهى بكونها أما ولا ترث بكونها أختا لأنها شخص واحد اجتمع فيه شيآن يورث بكل واحد منهما الفرض فورث بأقواهما ولم ترث بهما كالاخت من الأب والام وان ماتت الزوجة ورثتها البنت النصف بكونها بنتا وهل ترث الباقى بكونها أختا فيه وجهان أحدهما لا ترث لما ذكرناه من العلة والثانى ترث لأن ارثها بكونها بنتا بالفرض وارثها بكونها أختا بالتعصيب لأن الأخت مع البنت عصبة فجاز أن ترث بهما كأخ من أم وهو ابن عم

﴿باب ميراث العصبة﴾

العصبة كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى وهم الأب والابن ومن يدلى بهما وأولى العصبات الابن والأب لانهما يدليان بأنفسهما وغيرهما يدلى بهما فان اجتمعا قدم الابن لان الله عز وجل بدأ به فقال يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين والعرب تبدأ بالأهم فالأهم ولان الأب اذا اجتمع مع الابن فرض له السدس وجعل الباقى للابن ولان الابن يعصب أخته والأب لا يعصب أخته ثم ابن الابن وان سفل لانه يقوم مقام الابن فى الارث والتعصيب ثم الأب لان سائر العصبات يدلون به ثم الجد ان لم يكن أخ لانه أب الأب ثم أبو الجد وان علا وان لم يكن جد فالأخ لانه ابن الأب ثم ابن الأخ وان سفل ثم العم لانه ابن الجد ثم ابن العم وان سفل ثم عم الأب لانه ابن أبى الجد ثم ابنه وان سفل وعلى هذا أبدا

﴿فصل﴾ وان انفرد الواحد منهم أخذ جميع المال والدليل عليه قوله عز وجل ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فورث الأخ جميع مال الأخت اذا لم يكن لها ولد وان اجتمع مع ذى فرض أخذ ما بقى لما رويناه من حديث جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم ورث أخا سعد بن الربيع ما بقى من فرض البنات والزوجة فدل على ان هذا حكم العصبة

﴿فصل﴾ وان اجتمع اثنان قدم أقربهما فى الدرجة لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال الحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فهو لاولى عصبة ذكر وان اجتمع اثنان فى الدرجة وأحدهما يدلى بالأب والأم والآخر يدلى بالأب قدم من يدلى بالأب والأم لانه أقرب وان استويا فى الدرجة والادلاء استويا فى الميراث لتساويهما

﴿فصل﴾ ولا يعصب أحد منهم أنثى الا الابن وابن الابن والأخ فانهم يعصبون أخواتهم فأما الابن فانه يعصب أخواته للذكر مثل حظ الأنثيين لقوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين وأما ابن الابن فانه يعصب من يحاذيه من أخواته وبنات عمه سواء كان لهن شىء من فرائض البنات أو لم يكن وقال أبو ثور اذا استكمل البنات الثلثين فالباقى لابن الابن ولا شىء لبنات الابن لان البنات لا يرثن بالبنوة أكثر من الثلثين فلو عصبنا بنت الابن بابن الابن بعد استكمال البنات الثلثين صار ما تأخذه بالتعصيب زيادة على الثلثين وهذا خطأ لقوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين والولد يطلق على الأولاد وأولاد الأولاد والدليل عليه قوله تعالى يا بنى آدم وقوله ﷺ لقوم من أصحابه يا بنى اسمعيل ارموا فان أباكم كان راميا ولأنه يقال لمن ينتسب الى تميم وطيء بنو تميم و بنو طيء وقوله انهن لا يرثن بالبنوة أكثر من الثلثين فانما يمتنع ذلك من جهة الفرض فاما فى التعصيب فلا يمتنع كما لو ترك ابنا وعشر بنات فان للابن السدس وللبنات خمسة أسداس وهو أكثر من الثلثين وأما ابن الابن وان سفل فانه يعصب من يحاذيه من أخواته و بنات عمه سواء بقى لهن من فرض البنات شىء أو لم يبق كما يعصب ابن

﴿ومن باب ميراث العصبة﴾

(قوله لأولى عصبة ذكر) قال الهروى يعنى أدنى وأقرب فى النسب مأخوذ من الولى وهو القرب. وليس بمعنى أحق من قولهم فلان أولى بكذا أى أحق به (قوله للذكر مثل حظ الأنثيين) الحظ ههنا السهم والنصيب أى مثل نصيب الأنثيين وفى غيره الجد والبخت. والحظ أيضا الشرف

الابن من يحاذيه وأمامن فوقه من العمات فينظر فيه فان كان لهن من فرض البنات من الثلثين أوالسدس شىء أخذ الباقى ولم يعصبهن لانهن يرثن بالفرض ومن ورث بالفرض بقرابة لم يرث بالتعصيب بتلك القرابة وان لم يكن لهن من فرض البنات شىء عصبهن لماروى عن زيد بن ثابت رضى الله عنه أنه قال اذا استكمل البنات الثلثين فليس لبنات الابن شىء الا أن يلحق بهن ذكر فيرد عليهن بقية المال اذا كان أسفل منهن رد على من فوقه للذكر مثل حظ الأنثيين وان كن أسفل منه فليس لهن شىء و بقية المال له دونهن ولانه لايجوز أن يرث بالبنوة مع البعد ولا يرث عماته مع القرب ولا يعصب من هو أنزل منه من بنات أخيه بل يكون الباقى له لماذكرناه من قول زيد بن ثابت فان كن أسفل منه فليس لهن شىء و بقية المال له دونهن ولأنه عصبة فلا يرث معه من هو دونه كالابن مع بنت الابن وأما الأخ فانه يعصب أخواته لقوله تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين

﴿ فصل ﴾ ولا يشارك أحد من العصبات أهل الفروض فى فروضهم الا ولد الأب والأم فانهم يشاركون ولد الأم فى ثلثهم فى المشتركة وهى زوج وأم أوجدة واثنان من ولد الأم وولد الأب والأم واحدا كان أو أكثر فيفرض للزوج النصف وللأم أوالجدة السدس ولولد الأم الثلث يشاركهم ولد الأب والأم فى الثلث لانهم يشاركونهم فى الرحم الذى ورثوا بها الفرض فلا يجوز أن يرث ولد الأم و يسقط ولد الاب والام كالأب لما شارك الأم فى الرحم بالولادة لم يجز أن ترث الأم و يسقط الأب وتعرف هذه المسئلة بالمشتركة لما فيها من التشريك بين ولد الأب والأم وولد الأم فى الفرض وتعرف بالحارية فانه يحكى فيها عن ولد الأب والأم انهم قالوا احسب ان أبانا كان حمارا أليس أمنا وأمهم واحدة

﴿ فصل ﴾ وان اجتمع فى شخص واحد جهة فرض وجهة تعصيب كابن عم هو زوج أو ابن عم هو أخ من أم ورث بالفرض والتعصيب لانهما ارثان مختلفان بسببين مختلفين فان اجتمع ابنا عم أحدهما أخ من الأم ورث الأخ من الأم السدس والباقى بينه و بين الآخر وقال أبو ثور المال كله للذى هو أخ من الام لانهما عصبتان يدلى أحدهما بالأبوين والآخر بأحدهما فقدم من يدلى بهما كالأخوين أحدهما من الأب والآخر من الاب والام وهذا خطأ لانه استحق الفرض بقرابة الأم فلا يقدم بها فى التعصيب كابنى عم أحدهما زوج

﴿ فصل ﴾ وان لاعن الزوج ونفى نسب الولد انقطع التوارث بينهما لانتفاء النسب بينهما و يبقى التوارث بين الام والولد لبقاء النسب بينهما وان مات الولد ولا وارث له غير الام كان لها الثلث وان أتت بولدين توأمين فنفاهما الزوج باللعان ثم مات أحدهما وخلف أخاه ففيه وجهان أحدهما أنه يرثه ميراث الاخ من الام لانه لانسب بينهما من جهة الاب فلم يرث بقرابته كالتوأمين من الزنا اذا مات أحدهما وخلف أخاه والثانى أنه يرثه ميراث الأخ من الاب والام لان اللعان ثبت فى حق الزوجين دون غيرهما ولهذا لوقذفها الزوج لم يحد ولوقذفها غيره حد والصحيح هو الاول لان النسب قد انتفى بينهما فى حق كل واحد كما انقطع الفراش بينهما فى حق كل أحد يجوز لكل أحد أن يتزوجها

﴿ فصل ﴾ وان كان الوارث خنثى وهو الذى له فرج الرجال وفرج النساء فان عرف انه ذكر ورث ميراث ذكر وان عرف انه أنثى ورث ميراث أنثى وان لم يعرف فهو الخنثى المشكل وورث ميراث أنثى فان كان أنثى وحده ورث النصف فان كان معه ابن ورث الثلث وورث الابن النصف لأنه يقين ووقف السدس لأنه مشكوك فيه وان كانا خنثيين ورثا الثلثين لانه يقين ووقف الباقى لانه مشكوك فيه و يعرف انه ذكر أو أنثى بالبول فان كان يبول من الذكر فهو ذكر وان كان يبول من الفرج فهو أنثى لماروى عن على كرم الله وجهه أنه قال يورث الخنثى من حيث يبول وروى عنه أنه قال ان خرج بوله من مبال الذكر فهو ذكر وان خرج من مبال الأنثى فهو أنثى ولان الله تعالى جعل بول الذكر من الذكر و بول الأنثى من الفرج فرجع فى التمييز اليه وان كان يبول منهما نظرت فان كان يبول من أحدهما أكثر فقد روى المزنى فى الجامع ان الحكم للأكثر وهو قول بعض أصحابنا لان الأكثر هو الأقوى فى الدلالة والثانى أنه لاتعتبر الكثرة لان اعتبار الكثرة يشق فسقط وان لم يعرف بالبول سئل عما

(قوله توأمين) التوأم وزنه فوعل . والانثى توأمة . والجمع توائم مثل قشعم وقشاعم . وتوآم قال الشاعر

قالت لنا ودمعها توآم ٭ على الذين ارتحلوا السلام

(قوله من مبال الذكر) بالباء بواحدة من تحت وهو موضع البول

يميل اليه طبعه فان قال أميل الى النساء فهو ذكر وان قال أميل الى الرجال فهو أنثى وان قال أميل اليهما فهو المشكل وقد بيناه ومن أصحابنا من قال ان لم يكن فى البول دلالة اعتبر عدد الاضلاع فان نقص من الجانب الأيسر ضلع فهو ذكر فان أضلاع الرجل من الجانب الأيسر أنقص فان الله عزوجل خلق حواء من ضلع آدم الأيسر فمن ذلك نقص من الجانب الأيسر ضلع ولهذا قال الشاعر

هى الضلع العوجاء لست تقيمها ﴿ ألا ان تقويم الضلوع انكسارها

أتجمع ضعفا واقتدارا على الفتى ﴿ أليس عجيبا ضعفها واقتدارها

﴿ فصل ﴾ وان مات رجل وترك حملا وله وارث غير الحمل نظرت فان كان له سهم مقدر لا ينقص كالزوجة دفع اليها الفرض ووقف الباقى الى ان ينكشف وان لم يكن له سهم مقدر كالابن وقف الجميع لأنه لا يعلم أكثر ما تحمله المرأة والدليل عليه ان الشافعى رحمه الله قال دخلت الى شيخ باليمن لاسمع منه الحديث فجاءه خمسة كهول فسلموا عليه وقبلوا رأسه ثم جاءه خمسة شباب فسلموا عليه وقبلوا رأسه ثم جاءه خمسة فتيان فسلموا عليه وقبلوا رأسه ثم جاءه خمسة صبيان فسلموا عليه وقبلوا رأسه فقلت من هؤلاء فقال أولادى كل خمسة منهم فى بطن وفى المهد خمسة أطفال وقال ابن المرزبان أسقطت امرأة بالانبار كيسا فيه اثنا عشر ولدا كل اثنين متقابلان فاذا انفصل الحمل واستهل ورث لما روى سعيد بن المسيب رحمة الله عليه عن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال ان من السنة ان لا يرث المنفوس ولا يورث حتى يستهل صارخا فان تحرك حركة حى أو عطس ورث لأنه عرف حياته فورث كما لو استهل وان خرج ميتا لم يرث لانا لا نعلم انه كان وارثا عند موت مورثه وان تحرك حركة مذبوح لم يرث لانه لم يعرف حياته وان خرج بعضه وفيه حياة ومات قبل خروج الباقى لم يرث لانه لا يثبت له حكم الدنيا قبل انفصال جميعه ولهذا لا تنقضى به العدة ولا يسقط حق الزوج عن الرجعة قبل انفصال جميعه

﴿ فصل ﴾ وان مات رجل ولم تكن له عصبة ورثه المولى المعتق كما ترثه العصبة على ما ذكرناه فى باب الولاء فان لم يكن له وارث نظرت فان كان كافرا صار ماله لمصالح المسلمين وان كان مسلما صار ماله ميراثا للمسلمين لأنهم يعقلونه اذا قتل فانتقل ماله اليهم بالموت ميراثا كالعصبة فان كان للمسلمين امام عادل سلم اليه ليضعه فى بيت المال لمصالح المسلمين وان لم يكن امام عادل ففيه وجهان أحدهما انه يرد على أهل الفرض على قدر فروضهم الا على الزوجين فان لم يكن أهل الفرض قسم على ذوى الارحام على مذهب أهل التنزيل فيقام كل واحد منهم مقام من يدلى به فيجعل ولد البنات والاخوات بمنزلة أمهاتهم و بنات الاخوة والاعمام بمنزلة آبائهم وأبو الام والخال بمنزلة الام والعمة والعم من الام بمنزلة الأب لان الامة أجمعت على الارث باحدى الجهتين فاذا عدمت احداهما تعينت الاخرى والثانى وهو المذهب انه لا يرد على أهل السهام ولا يقسم المال على ذوى الارحام لأنا دللنا انه للمسلمين والمسلمون لم يعدموا وانما عدم من يقبض لهم فلم يسقط حقهم كما لو كان الميراث لصبي وليس له ولى فعلى هذا يصرفه من فى يده المال الى المصالح

﴿ باب الجد والاخوة ﴾

اذا اجتمع الجد أو أبو الجد وان علا مع ولد الاب والام أو ولد الاب ولم تنقصه المقاسمة من الثلث قاسمهم وعصب اناثهم وقال المزنى يسقطهم ووجهه ان له ولادة وتعصيبا بالرحم فاسقط ولد الاب والام كالاب وهذا خطأ لأن ولد الاب يدلى بالاب فلم يسقطه الجد كأم الاب ويخالف الأب فان الاخ يدلى به ومن أدلى بعصبة لم يرث معه كابن الاخ مع الاخ وأم الاب مع الاب والجد والاخ

(قوله خمسة كهول) الكهل من الرجال الذى جاوز الثلاثين ووخطه الشيب. وخمسة فتيان لا فرق فى اللغة بين الشاب والفتى وهو البالغ الحديث السن. وهذا الشيخ هو من بادية صنعاء من قرية تسمى خيرة (قوله أسقطت امرأة بالانبار كيسا) هو وعاء الولد مأخوذ من كيس الدراهم (قوله لا يرث المنفوس) هو المولود. والنفاس الولادة وأصله النفس وهو الدم (قوله حتى يستهل صارخا) أى يرتفع صوته بالبكاء وأصله من رؤية الهلال وقد ذكر (قوله لأنهم يعقلونه) أى يؤدون عنه العقل وهو الدية (قوله أهل التنزيل) سموا بذلك لانهم ينزلون من لا يرث بمنزلة من يرث ممن يدلى به. وأهل الرد الذين يردون ما فضل من الفريضة على أهل الفرض اذا لم يكن عصبة

يدليان بالاب فلم يسقط أحدهما الآخر كالاخوين من الاب وأم الاب مع الجد ولان الاب يحجب الام من الثلث الى ثلث الباقي مع الزوجين والجد لا يحجبها

﴿ فصل ﴾ وان اجتمع مع الجد ولد الاب والام وولد الاب عادّ ولد الاب والام الجد بولد الاب لان من حجب بولد الاب والام وولد الاب اذا انفرد حجب بهما اذا اجتمعا كالام فان كان له جد وأخ من أب وأم وأخ من أب قسم المال على ثلاثة أسهم للجد سهم ولكل واحد من الاخوين سهم ثم يرد الاخ من الاب سهمه على الاخ من الاب والام لأنه لا يرث معه فلم يشاركه فيما حجبا عنه كما لا يشارك الاخ من الاب الاخ من الاب والام فيما حجبا عنه الام وتعرف هذه المسئلة بالمعادة لان الاخ من الاب والام عادّ الجد بالأخ من الأب ثم أخذ منه ما حصل له وان اجتمع مع الجد أخ من الأب وأخت من الأب والام قسم المال على خمسة أسهم للجد سهمان وللاخ سهمان وللاخت سهم ثم يرد الأخ على الأخت تمام النصف وهو سهم ونصف ويأخذ ما بقي وهو نصف سهم لان الأخ من الأب انما يرث مع الأخت من الأب والأم ما يبقى بعد استكمال الأخت النصف وتصح من عشرة وتسمى عشرية زيد رضي الله عنه وان اجتمع مع أختين من الأب وأختين من الأب والأم قسم المال بينهم على ستة أسهم للجد سهمان ولكل أخت سهم ثم ترد الأختان من الاب جميع ما حصل لهما على الأختين من الأب والأم لانهما لا يرثان قبل أن تستكمل الأختان من الأب والأم الثلثين

﴿ فصل ﴾ وان كانت المقاسمة تنقص الجد من الثلث بأن زاد الاخوة على اثنين والاخوات على أربع فرض للجد الثلث وقسم الباقي بين الاخوة والاخوات لانا قد دللنا على أنه يقاسم الواحد ولا خلاف انهم لا يقاسمونه أبدا فكان التقدير بالاثنين أشبه بالاصول فان الحجب اذا اختلف فيه الواحد والجماعة وجب التقدير فيه بالاثنين كحجب الأم من الثلث وحجب البنات لبنات الابن وحجب الاخوات للاب والأم للاخوات للاب ولا يعادّ ولد الأب والأم الجد بولد الأب في هذا الفصل لأن المعادة تحجب الجد ولا سبيل الى حجبه عن الثلث

﴿ فصل ﴾ وان اجتمع مع الجد والاخوة من له فرض أخذ صاحب الفرض فرضه وجعل للجد أوفر الامرين من المقاسمة أو ثلث الباقي ما لم ينقص عن سدس جميع المال لان الفرض كالمستحق من المال فيصير الباقي كأنه جميع المال وقد بينا ان حكمه في جميع المال ان يجعل له أوفر الامرين من المقاسمة أو ثلث المال فكذلك فيما بقي بعد الفرض فان نقصته المقاسمة أو ثلث الباقي عن السدس فرض له السدس لان ولد الأب والأم ليس بأكثر من ولد الصلب ولو اجتمع الجد مع ولد الصلب لم ينقص حقه من السدس فلأن لا ينقص مع ولد الأب والأم أولى وان مات رجل وخلف بنتا وجدا وأختا فللبنت النصف والباقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الأنثيين وهي من مربعات عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فانه قال للبنت النصف والباقي بين الجد والاخت نصفان وتصح من أربعة وان ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما وجدا فللزوج النصف وللام الثلث والباقي للجد وهو السدس وهي من مربعات عبد الله رضي الله عنه لأنه يروى عنه أنه قال للزوج النصف والباقي بين الجد والام نصفان وتصح من أربعة وهذا خطأ لان الجد أبعد من الام فلم يجز أن يحجبها كجد الأب مع أم الاب وان مات رجل وخلف زوجة وأما وأخا وجدا فللزوجة الربع وللام الثلث والباقي بين الجد والاخ نصفان وتصح من أربعة وعشرين للزوجة ستة أسهم وللام ثمانية والباقي بين الجد والاخ لكل واحد منهما خمسة وهي من مربعات عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه فانه روى عنه انه جعل للزوجة الربع وللام ثلث ما بقي والباقي بين الجد والاخ نصفان وتصح من أربعة للزوجة سهم وللام سهم وللاخ سهم وللجد سهم وان مات رجل وخلف امرأة وجدا وأختا فللمرأة الربع والباقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين وتعرف بالمربعة لأن مذهب زيد ما ذكرناه ومذهب أبي بكر وابن عباس رضي الله عنهما للمرأة الربع والباقي للجد ومذهب علي وعبد الله رضي الله عنهما للمرأة الربع وللاخت النصف والباقي للجد واختلفوا فيها على ثلاثة مذاهب واتفقوا على القسمة من أربعة وان مات رجل وخلف أما وأختا وجدا فللام الثلث والباقي بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين

(قوله عادّ) مأخوذ من العدة. وأصله عادد فأسكن الدال الأول ثم أدغم ومد

وتسمى الخرقاء لكثرة اختلاف الصحابة فيها فان زيدا ذهب الى ماقلناه وذهب أبو بكر وابن عباس رضي الله عنهما الى ان للام الثلث والباقي للجد وذهب عمر الى ان للاخت النصف وللام ثلث الباقي وهو السدس والباقي للجد وذهب عثمان رضي الله عنه الى ان للام الثلث والباقي بين الجد والاخت نصفان وتصح من ثلاثة وذهب علي عليه السلام الى أن للاخت النصف وللام الثلث والباقي للجد وعن ابن مسعود روايتان احداهما مثل قول عمر رضي الله عنه والثانية للاخت النصف والباقي بين الام والجد نصفان وتصح من أربعة وتعرف بمثلثة عثمان ومربعة عبد الله رضي الله عن الجميع

﴿ فصل ﴾ ولا يفرض للاخت مع الجد الا في مسئلة واحدة وهي اذا ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما وأختا وجدا فللزوج النصف وللام الثلث وللاخت النصف وللجد السدس وأصلها من ستة وتعول الى تسعة ويجمع نصف الاخت وسدس الجد فيقسم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين وتصح من سبعة وعشرين للزوج تسعة وللام ستة وللجد ثمانية وللاخت أربعة لانه لابد من أن يعطى الزوج النصف لانه ليس ههنا من يحجبه ولابد من أن تعطى الام الثلث لانه ليس ههنا من يحجبها ولابد من أن يعطى الجد السدس لان أقل حقه السدس ولا يمكن اسقاط الاخت لانه ليس ههنا من يسقطها ولا يمكن أن تعطى النصف كاملا لانه لا يمكن تفضيلها على الجد فوجب أن يقسم مالهما بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وتعرف هذه المسئلة بالاكدرية لان عبد الملك ابن مروان سأل عنها رجلا اسمه الاكدر فنسبت اليه وقيل سميت أكدرية لانها كدرت على زيد أصله لانه لا يعيل مسائل الجد وقد أعال ولا يفرض للاخت مع الجد وقد فرض فان كان مكان الاخت في الاكدرية أخ لم يرث لان للزوج النصف وللام الثلث وللجد السدس ولا يجوز أن يشارك الجد في السدس لأن الجد يأخذ السدس بالفرض والاخ لا يرث بالفرض وانما يرث بالتعصيب ولم يبق مايرثه بالتعصيب فسقط وبالله التوفيق

﴿ كتاب النكاح ﴾

النكاح جائز لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ولما روى علقمة عن عبد الله رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فانه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء

﴿ فصل ﴾ ولا يصح النكاح الا من جائز التصرف فأما الصبي والمجنون فلا يصح منهما عقد النكاح لأنه عقد معاوضة فلم يصح من الصبي والمجنون كالبيع وأما المحجور عليه لسفه فلا يصح نكاحه بغير اذن الولي لأنه عقد يستحق به المال فلم يصح منه من غير اذن الولي ويصح منه باذن الولي لأنه لا يأذن له الا فيما يرى الحظ فيه وأما العبد فلا يصح نكاحه بغير اذن المولى لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال اذا نكح العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل ولأنه بالنكاح تنقص قيمته ويستحق بالمهر والنفقة كسبه وفي ذلك اضرار بالمولى فلم يجز من غير اذنه ويصح منه باذن المولى لأنه لما أبطل النبي صلى الله عليه وسلم نكاحه بغير اذنه دل على أنه يصح باذنه ولان المنع لحق المولى فزال باذنه

(قوله وتسمى الخرقاء) لعلها مأخوذة من الخرق وهي الارض الواسعة تنخرق فيها الرياح لاتساع القول فيها. أو من المرأة الخرقاء وهي التي لا تحسن صنعة (قوله كدرت على زيد) أصل الكدر ضد الصفو يقال كدر الماء يكدر بالضم كدورة وكذلك تكدر وكدره غيره. ويقال ان اسم المرأة في المسئلة أكدرية فنسبت اليها

﴿ ومن كتاب النكاح ﴾

(قوله صلى الله عليه وسلم من استطاع منكم الباءة فليتزوج) الباء والباءة شهوة النكاح سمي باء لأن الرجل يتبوأ من زوجته أي يسكن اليها . وأراد ههنا المال سماها باسم سببها قال المعري فاحسن

والباء مثل الباء يخفض للدناءة أو يجر

(قوله أغض للبصر) أي يمنعه أن ينظر الى امرأة غيره . وأحصن للفرج مأخوذ من الحصن الذي يمتنع به من العدو (قوله وجاء) الوجاء بالكسر رض عروق الخصيتين حتى تنفضخ فيكون شبيها بالخصي ومنه الحديث ضحى بكبشين موجوأين

﴿ فصل ﴾ ومن جازله النكاح وتاقت نفسه اليه وقدر على المهر والنفقة فالمستحب له أن يتزوج لحديث عبد الله ولأنه أحصن لفرجه وأسلم لدينه ولا يجب ذلك لما روى ابراهيم بن ميسرة رضى الله عنه عن عبيد بن سعد يبلغ به النبي ﷺ من أحب فطرتي فليستن بسنتي ومن سنتي النكاح ولأنه ابتغاء لذة تصبر النفس عنها فلم يجب كلبس الناعم وأكل الطيب ومن لم تتق نفسه اليه فالمستحب له أن لا يتزوج لأنه تتوجه عليه حقوق هو غني عن التزامها ويحتاج أن يشتغل عن العبادة بسببها واذا تركه تخلى للعبادة فكان تركه أسلم لدينه

﴿ فصل ﴾ والمستحب أن لا يتزوج الا ذات دين لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال تنكح المرأة لأربع لمالها وحسبها وجمالها ودينها فاظفر بذات الدين تربت يداك ولا يتزوج الا ذات عقل لأن القصد بالنكاح العشرة وطيب العيش ولا يكون ذلك الا مع ذات عقل ولا يتزوج الا من يستحسنها لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن رسول الله ﷺ أنه قال انما النساء لعب فاذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها

﴿ فصل ﴾ واذا أراد نكاح امرأة فله أن ينظر وجهها وكفيها لما روى أبو هريرة رضى الله عنه ان رجلا أراد أن يتزوج امرأة من نساء الأنصار فقال النبي ﷺ انظر اليها فان في أعين الأنصار شيئا ولا ينظر الى ما سوى الوجه والكفين لأنه عورة ويجوز للمرأة اذا أرادت أن تتزوج برجل أن تنظر اليه لأنه يعجبها من الرجل ما يعجب الرجل منها ولهذا قال عمر رضى الله عنه لا تزوجوا بناتكم من الرجل الدميم فانه يعجبهن منهم ما يعجبهم منهن ويجوز لكل واحد منهما أن ينظر الى وجه الآخر عند المعاملة لأنه يحتاج اليه للمطالبة بحقوق العقد والرجوع بالعهدة ويجوز ذلك عند الشهادة للحاجة الى معرفتها في التحمل والأداء ويجوز لمن اشترى جارية ان ينظر الى ما ليس بعورة منها للحاجة الى معرفتها ويجوز للطبيب أن ينظر الى الفرج للمداواة لأنه موضع ضرورة فجاز له النظر الى الفرج كالنظر في حال الختان وأما من غير حاجة فلا يجوز للأجنبي أن ينظر الى الأجنبية ولا للأجنبية أن تنظر الى الأجنبي لقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن وروت أم سلمة رضى الله عنها قالت كنت عند رسول الله ﷺ وعنده ميمونة فأقبل ابن أم مكتوم فقال رسول الله ﷺ احتجبن عنه فقلت يا رسول الله أليس أعمى لا يبصرنا ولا يعرفنا فقال أفعميا وان أنتما ألستما تبصرانه وروى علي كرم الله وجهه أن النبي ﷺ أردف الفضل فاستقبلته جارية من خثعم فلوى عنق الفضل فقال أبوه العباس لويت عنق ابن عمك قال رأيت شابا وشابة فلم آمن الشيطان عليهما ولا يجوز النظر الى الأمرد من غير حاجة لأنه يخاف الافتتان به كما يخاف الافتتان بالمرأة

﴿ فصل ﴾ ويجوز لذوي المحارم النظر الى ما فوق السرة ودون الركبة من ذوات المحارم لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن أو أبنائهن أو أبناء بعولتهن أو اخوانهن أو بني اخوانهن أو بني أخواتهن أو نسائهن أو ما ملكت أيمانهن أو التابعين غير أولي الاربة من الرجال ويجوز للرجل ان ينظر الى ذلك من الرجل وللمرأة ان تنظر الى

(قوله تاقت نفسه) اشتاقت واشتهت (قوله من أحب فطرتي فليستن بسنتي) فطرتي ههنا ديني. وأصل الفطرة الابتداء ومنه فطرة الله التي فطر الناس عليها أي اتبع دين الله . والسنة أصلها الطريقة أي فليأخذ بطريقتي وعملي (قوله وحسبها) الحسب ما يعده الرجل من مفاخر آبائه وأجداده. والرجل حسيب وقد حسب حسابة. مأخوذ من الحساب لأنهم اذا تفاخروا عدوا مناقبهم ومآثرهم وحسبوها. والحسب العد والحسب المعدود كالقبض والقبض (قوله تربت يداك) كأنه دعاء عليه بالفقر ان لم يفعل ذلك يقال ترب اذا افتقر وتراب اذا استغنى (قوله انما النساء لعب) جمع لعبة وكل ملعوب به فهو لعبة لأنه اسم وهو الشيء الذي يلعب به أراد أن زوجها تزوجها ليلعب بها ويستريح (قوله فان في أعين الأنصار شيئا) وروي شينا قيل زرقة وقيل عمش (قوله الرجل الدميم) بدال مهملة هو القصير مع قبح منظر وأما الذميم بالذال المعجمة فهو السيء الخلق وقد دممت يا فلان تدم وتدم دمامة أي صرت قبيحا دميما يقال ما وراءه الخلق الدميم الا الخلق الذميم (قوله فلوى عنق الفضل) أي أماله الى الجهة التي لا يبصرها منها (قوله الأمرد) يقال غلام أمرد بين المرد بالتحريك لا شعر على عارضيه. وغصن أمرد لا ورق عليه وأرض مرداء لا نبات فيها (قوله غير أولي الاربة) الاربة بالكسر الحاجة. وأراد الحاجة الى النكاح وفيه لغات ارب

ذلك من المرأة لانهم كذوى المحارم في تحريم النكاح على التأبيد فكذلك في جواز النظر واختلف أصحابنا في مملوك المرأة فمنهم من قال هو محرم لها في جواز النظر والخلوة وهو المنصوص لقوله عز وجل أو ما ملكت أيمانهن فذكره مع ذوى المحارم في اباحة النظر وروى أنس رضى الله عنه قال أعطى رسول الله ﷺ فاطمة غلاما فأقبل النبي صلى الله عليه وسلم ومعه الغلام فتقنعت بثوب اذا قنعت رأسها لم يبلغ رجليها واذا غطت رجليها لم يبلغ رأسها فقال النبي ﷺ انه ليس عليك بأس انما هو أبوك وغلامك ومنهم من قال ليس بمحرم لأن المحرم من يحرم على التأبيد وهذا لا يحرم على التأبيد فلم يكن محرما واختلفوا في المراهق مع الاجنبية فمنهم من قال هو كالبالغ في تحريم النظر لقوله تعالى أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء فدل على انه لا يجوز لمن ظهر على عورات النساء ولانه كالبالغ في الشهوة فكان كالبالغ في تحريم النظر ومن أصحابنا من قال يجوز له النظر الى ما ينظر ذو محرم وهو قول أبي عبد الله الزبيري لقوله عز وجل واذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا فدل على أنهم اذا لم يبلغوا الحلم لم يستأذنوا

﴿ فصل ﴾ ومن تزوج امرأة أو ملك جارية يملك وطأها فله أن ينظر منها الى غير الفرج وهل يجوز أن ينظر الى الفرج فيه وجهان أحدهما لا يجوز لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال النظر الى الفرج يورث الطمس والثاني يجوز وهو الصحيح لانه يملك الاستمتاع به فجاز له النظر اليه كالفخذ وان زوج أمته حرم عليه النظر الى ما بين السرة والركبة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا زوج أحدكم جاريته عبده أو أجيره فلا ينظر الى ما دون السرة والركبة

﴿ باب ما يصح به النكاح ﴾

لا يصح النكاح الا بولى فان عقدت المرأة لم يصح وقال أبو ثور ان عقدت باذن الولى صح ووجهه أنها من أهل التصرف وانما منعت من النكاح لحق الولى فاذا أذن زال المنع كالعبد اذا أذن له المولى في النكاح وهذا خطأ لما روى أبو هريرة رضى الله عنه رفعه لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها ولأنها غير مأمونة على البضع لنقصان عقلها وسرعة انخداعها فلم يجز تفويضه اليها كالمبذر في المال ويخالف العبد فانه منع لحق المولى فانه ينقص قيمته بالنكاح ويستحق كسبه في المهر والنفقة فزال المنع باذنه فان عقد النكاح بغير ولى وحكم به الحاكم ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخرى انه ينقض حكمه لانه مخالف لنص الخبر وهو ما روت عائشة رضى الله عنها أن النبي ﷺ قال أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له فان أصابها فلها مهرها بما استحل من فرجها والثاني لا ينقض وهو الصحيح لأنه مختلف فيه فلم ينقض فيه حكم الحاكم كالشفعة للجار وأما الخبر فليس بنص لأنه محتمل للتأويل فهو كالخبر في شفعة الجار فان وطئها الزوج قبل الحكم بصحته لم يجب الحد وقال أبو بكر الصيرفي ان كان الزوج شافعيا يعتقد تحريمه وجب عليه الحد كما لو وطئ امرأة في فراشه وهو يعلم انها أجنبية والمذهب الأول لأنه وطء مختلف في اباحته فلم يجب به الحد كالوطء في النكاح بغير شهود ويخالف من وطئ امرأة في فراشه وهو يعلم انها أجنبية لأنه لا شبهة له في وطئها وان طلقها لم يقع الطلاق وقال أبو اسحق يقع لأنه نكاح مختلف في صحته فوقع فيه الطلاق كنكاح المرأة في عدة أختها والمذهب الأول لأنه طلاق في غير ملكه فلم يصح كما لو طلق أجنبية

وارِبة ومأربة وماربة. قال المطرزى الاربة وهى العقدة كأن قلب صاحبها معقود بها. كما أن الفرض من الفرضة ألا تراهم سموها حاجة وهى الشوكة فى الأصل، كأنها تنشب بالفكر نشوب الشوكة فيما تتعلق به (قوله قنعت رأسها) أى غطته. ومنه سمى القناع المقنعة (قوله فى المراهق) هو الذى قارب الاحتلام يقال راهق الغلام فهو مراهق (قوله لم يظهروا) أى لم يقووا من ظهرت على الرجل أى غلبته. وأراد بالعورة ههنا الجماع سماه باسم سببه (قوله يورث الطمس) الطمس العمى. قال الله تعالى فطمسنا أعينهم. وأصله استئصال أثر الشىء ومنه اذا النجوم طمست. وأراد ان الولد يخرج أعمى وقيل الناظر اليه (قوله البضع) هو الفرج والمباضعة المجامعة مشتق من ذلك (قوله فان اشتجروا) أى اختلفوا يقال اشتجر القوم اذا اختلفوا وتنازعوا. قال الله تعالى حتى يحكموك فيما شجر بينهم

﴿ فصـل ﴾ وان كانت المنكوحة أمة فوليها مولاها لأنه عقد على منفعتها فكان الى المولى كالاجارة وان كانت الأمة لامرأة زوجها من يزوج مولاتها لأنه نكاح فى حقها فكان الى وليها كنكاحها ولا يزوجها الولى الا باذنها لأنه تصرف فى منفعتها فلم يجز من غير اذنها فان كانت المولاة غير رشيدة نظرت فان كان وليها غير الأب والجد لم يملك تزويجها لأنه لا يملك التصرف فى مالها وان كان الأب أو الجد ففيه وجهان أحدهما لا يملك لأن فيه تغريرا بمالها لأنها ربما حبلت وتلفت والثانى وهو قول أبى اسحق انه يملك تزويجها لأنها تستفيد به المهر والنفقة واسترقاق ولدها وان كانت المنكوحة حرة فوليها عصباتها وأولاهم الأب ثم الجد ثم الاخ ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم لأن الولاية فى النكاح تثبت لدفع العار عن النسب والنسب الى العصبات فان لم يكن لها عصبة زوجها المولى المعتق ثم عصبة المولى ثم مولى المولى ثم عصبته لأن الولاء كالنسب فى التعصيب فكان كالنسب فى التزويج فان لم يكن فوليها السلطان لقوله ﷺ فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له ولا يزوج أحد من الأولياء وهناك من هو أقرب منه لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم فيه الأقرب فالأقرب كالميراث وان استوى اثنان فى الدرجة وأحدهما يدلى بالابوين والآخر بأحدهما كاخوين أحدهما من الاب والام والآخر من الاب ففيه قولان قال فى القديم هما سواء لأن الولاية بقرابة الاب وهما فى قرابة الاب سواء وقال فى الجديد يقدم من يدلى بالابوين لانه حق يستحق بالتعصيب فقدم من يدلى بالابوين على من يدلى بأحدهما كالميراث فان استويا فى الدرجة والادلاء فالمستحب أن يقدم أسنهما وأعلمهما وأورعهما لأن الأسن أخبر والأعلم أعرف بشروط العقد والاورع أحرص على طلب الحظ فان زوج الآخر صح لان ولايته ثابتة وان تشاحا أقرع بينهما لانهما تساويا فى الحق فقدم بالقرعة كما لو أرادا أن يسافر باحدى المرأتين فان خرجت القرعة لاحدهما فزوج الآخر ففيه وجهان أحدهما يصح لان خروج القرعة لاحدهما لا يبطل ولاية الآخر والثانى لا يصح لانه يبطل فائدة القرعة

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز للابن ان يزوج أمه بالبنوة لان الولاية تثبت للاولياء لدفع العار عن النسب ولا نسب بين الابن والام وان كان للابن تعصيب بان كان ابن ابن عمها جاز له ان يزوج لانهما يشتركان فى النسب فان كان لها ابنا ابن عم أحدهما ابنها فعلى القولين فى أخوين أحدهما من الاب والام والآخر من الاب

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز ان يكون الولى صغيرا ولا مجنونا ولا عبدا لانه لا يملك العقد لنفسه فلا يملكه لغيره واختلف أصحابنا فى المحجور عليه لسفه فمنهم من قال يجوز أن يكون وليا لانه انما حجر عليه فى المال خوفا من اضاعته وقد أمن ذلك فى تزويج ابنته فجاز له ان يعقد كالمحجور عليه للفلس ومنهم من قال لا يجوز لانه ممنوع من عقد النكاح لنفسه فلم يجز ان يكون وليا لغيره ولا يجوز ان يكون فاسقا على المنصوص لانها ولاية فلم تثبت مع الفسق كولاية المال ومن أصحابنا من قال ان كان أبا أو جدا لم يجز وان كان غيرهما من العصبات جاز لانه يعقد بالاذن فجاز ان يكون فاسقا كالوكيل ومن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما لا يجوز لما ذكرناه والثانى يجوز لانه حق يستحق بالتعصيب فلم يمنع منه الفسق كالميراث والتقدم فى الصلاة على الميت وهل يجوز ان يكون أعمى فيه وجهان أحدهما يجوز لان شعيبا عليه السلام كان أعمى وزوج ابنته من موسى صلى الله على نبينا وعليهم وسلم والثانى لا يجوز لانه يحتاج الى البصر فى اختيار الزوج ولا يجوز للمسلم ان يزوج ابنته الكافرة ولا للكافر ان يزوج ابنته المسلمة لان الموالاة بينهما منقطعة والدليل عليه قوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض وقوله سبحانه والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ولهذا لا يتوارثان ويجوز للسلطان ان يزوج نساء أهل الذمة لان ولايته تعم المسلمين وأهل الذمة ولا يجوز للكافر ان يزوج أمته المسلمة وهل يجوز للمسلم أن يزوج أمته الكافرة فيه وجهان أحدهما يجوز وهو قول أبى اسحق وأبى سعيد الاصطخرى وهو المنصوص لانها ولاية مستفادة بالملك فلم يمنع منها اختلاف الدين كالولاية فى البيع والاجارة والثانى لا يجوز وهو قول أبى القاسم الداركى لانه اذا لم يملك تزويج الكافرة بالنسب فلان لا يملك بالملك أولى

﴿فصل﴾ وان خرج الولى عن أن يكون من أهل الولاية بفسق أو جنون انتقلت الولاية الى من بعده من الأولياء لانه بطلت ولايته فانتقلت الولاية الى من بعده كما لو مات فان زال السبب الذى بطلت به الولاية عادت الولاية لزوال السبب الذى أبطل ولايته فان زوجها من انتقلت اليه قبل أن يعلم بعود ولاية الاول ففيه وجهان بناء على القولين فى الوكيل اذا باع ما وكل فى بيعه قبل أن يعلم بالعزل وان

دعت المنكوحة الى كفؤ فعضلها الولى زوجها السلطان لقوله ﷺ فان اشتجروا فالسلطان ولى من لاولى له ولانه حق توجه عليه تدخله النيابة فاذا امتنع قام السلطان مقامه كما لو كان عليه دين فامتنع من أدائه وان غاب الولى الى مسافة تقصر فيها الصلاة زوجها السلطان ولم يكن لمن بعده من الاولياء أن يزوج لان ولاية الغائب باقية ولهذا لو زوجها فى مكانه صح العقد وانما تعذر من جهته فقام السلطان مقامه كما لو حضر وامتنع من تزويجها فان كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان أحدهما لا يجوز تزويجها الا باذنه لانه كالحاضر والثانى يجوز للسلطان أن يزوجها لانه تعذر استئذانه فأشبه اذا كان فى سفر بعيد و يستحب للحاكم اذا غاب الولى وصار التزويج اليه ان يأذن لمن تنتقل الولاية اليه ليزوجها ليخرج من الخلاف فان عند أبى حنيفة ان الذى يملك التزويج هو الذى تنتقل الولاية اليه

﴿فصل﴾ و يجوز للأب والجد تزويج البكر من غير رضاها صغيرة كانت أو كبيرة لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها فى نفسها فدل على أن الولى أحق بالبكر وان كانت بالغة فالمستحب ان يستأذنها للخبر واذنها صماتها لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها واذنها صماتها ولانها تستحى ان تأذن لابيها بالنطق فجعل صماتها اذنا ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها الا ان تبلغ وتأذن لما روى نافع أن عبد الله بن عمر رضى الله عنه تزوج بنت خاله عثمان بن مظعون فذهبت أمها الى رسول الله ﷺ وقالت ان ابنتى تكره ذلك فأمره رسول الله ﷺ أن يفارقها وقال لا تنكحوا اليتامى حتى تستأمروهن فان سكتن فهو اذنهن فتزوجت بعد عبد الله المغيرة بن شعبة ولانه ناقص الشفقة ولهذا لا يملك التصرف فى مالها بنفسه ولا يبيع مالها من نفسه فلا يملك التصرف فى بضعها بنفسه فان زوجها بعد البلوغ ففى اذنها وجهان أحدهما أن اذنها بالنطق لانه لما افتقر تزويجها الى اذنها افتقر الى نطقها بخلاف الأب والجد والثانى وهو المنصوص فى الاملاء وهو الصحيح ان اذنها بالسكوت لحديث نافع وأما الثيب فانها ان ذهبت بكارتها بالوطء فان كانت بالغة عاقلة لم يجز لاحد تزويجها الا باذنها لما روت خنساء بنت خذام الأنصارية ان أباها زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك فذكرت لرسول الله ﷺ فرد نكاحها واذنها بالنطق لحديث ابن عباس رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال والبكر تستأذن فى نفسها واذنها صماتها فدل على ان اذن الثيب بالنطق وان كانت صغيرة لم يجز تزويجها حتى تبلغ وتأذن لان اذنها معتبر فى حال الكبر فلا يجوز الافتيات عليها فى حال الصغر وان كانت مجنونة جاز للأب والجد تزويجها صغيرة كانت أو كبيرة لانه لا يرجى لها حال تستأذن فيها ولا يجوز لسائر العصبات تزويجها لان تزويجها اجبار وليس لسائر العصبات غير الاب والجد ولاية الاجبار فأما الحاكم فانها ان كانت صغيرة لم يملك تزويجها لانه لا حاجة بها الى النكاح وان كانت كبيرة جاز له تزويجها ان رأى ذلك لانه قد يكون فى تزويجها شفاء لها وان ذهبت بكارتها بغير الوطء ففيه وجهان أحدهما انها كالموطوءة لعموم الخبر والثانى وهو المذهب انها تزوج تزويج الابكار لان الثيب انما اعتبر اذنها لذهاب الحياء بالوطء والحياء لا يذهب بغير الوطء

﴿فصل﴾ وان كانت المنكوحة أمة فللمولى أن يزوجها بكرا كانت أو ثيبا صغيرة كانت أو كبيرة عاقلة كانت أو مجنونة لانه عقد يملكه عليها بحكم الملك فكان الى المولى كالاجارة وان دعت الامة المولى الى النكاح فان كان يملك وطأها لم

(قوله فعضلها الولى) أى منعها من النكاح ومنه قوله تعالى فلا تعضلوهن. يقال عضل يعضل و يعضل عضلا. وعضلت عليه تعضيلا اذا ضيقت عليه فى أمره وحلت بينه و بين ما يريد. وأصله من عضلت المرأة اذا نشب ولدها فى بطنها وعسر خروجه قاله العزيزى (قوله يستأمرها أبوها) أى ينكحها بأمرها (قوله الأيم) هى التى لا زوج لها وكذلك الرجل تزوجا قبل ذلك أو لم يتزوجا. وقد آمت المرأة تئيم ايمة وايما وأيوما (قوله أحرى ان يؤدم بينكما [1]) أى يؤلف والادمة الألفة أدم أى ألف (قوله وان كان الولى ضعيفا) له تأويلان قيل المجنون وقيل الشيخ الكبير لضعف نظرهما فى طلب الحظ لها. والعرب تقول فى الذى لا نظر له ضعيف والذى لا نطق له ضعيف والذى لا عقل له ضعيف (قوله خنساء بنت خذام) بخاء وذال معجمتين (قوله الافتيات عليها) افتات عليه اذا فوت عليه ما يريد. وافتات افتعل من الفوت وهو السبق. معناه انه يستبد فى الرأى بتزويجها دونه فيسبق الى تزويجها

---

(١) هذه القولة لا توجد لها هنا مناسبة

يلزمه تزويجها لانه يبطل عليه حقه من الاستمتاع وان لم يملك وطأها ففيه وجهان أحدهما لا يلزمه تزويجها لانه تنقص قيمتها بالنكاح والثانى يلزمه لانه لاحق له فى وطئها وان كانت مكاتبة لم يملك السيد تزويجها بغير اذنها لأنه لاحق له فى منفعتها فان دعت السيد الى تزويجها ففيه وجهان أحدهما يجبر لأنها تستعين بالمهر والنفقة على الكتابة والثانى لا يجبر لأنها ربما عادت اليه وهى ناقصة بالنكاح

﴿فصل﴾ وان كان ولى المرأة ممن يجوز له أن يتزوجها كابن عم والمولى المعتق لم يجز أن يزوجها من نفسه فيكون موجبا قابلا لانه يملك الايجاب بالاذن فلم يجز أن يملك شطرى العقد كالوكيل فى البيع فان أراد أن يتزوجها فان كان هناك من يشاركه فى الولاية زوجها منه وان لم يكن من يشاركه فى الولاية زوجها الحاكم منه وان أراد الامام أن يتزوج امرأة لا ولى لها غيره ففيه وجهان أحدهما أن له أن يزوجها من نفسه لأنه اذا فوض الى غيره كان غيره وكيلا والوكيل قائم مقامه فكان ايجابه كايجابه والثانى يرفعه الى حاكم ليزوجها منه لان الحاكم يزوج بولاية الحكم فيصير كما لو زوجها منه ولى و يخالف الوكيل لانه يزوجها بوكالته ولهذا يملك عزله اذا شاء ولا يملك عزل الحاكم من غير سبب واذا مات انعزل الوكيل ولا ينعزل الحاكم وان كان لرجل ابن ابن و بنت ابن وهما صغيران فزوج بنت الابن بابن الابن ففيه وجهان أحدهما لا يجوز وهو قول أبى العباس ابن القاص لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولى وشاهدان والثانى وهو قول أبى بكر ابن الحداد المصرى أنه يجوز كما يجوز أن يلى شطرى العقد فى بيع ماله من ابنه فعلى هذا يحتاج أن يقول زوجت بنت ابنى بابن ابنى وهل يحتاج الى القبول فيه وجهان أحدهما يحتاج الى القبول وهو أن يقول بعد الايجاب وقبلت نكاحها له وهو قول أبى بكر ابن الحداد لانه يتولى ذلك بولايتين فقام فيه مقام الاثنين والثانى لا يحتاج الى لفظ القبول وهو قول أبى بكر القفال لانه قائم مقام اثنين فقام لفظه مقام لفظين

﴿فصل﴾ وان وكل الولى رجلا فى التزويج فهل يلزمه أن يعين الزوج فيه قولان أحدهما لا يلزمه لان من ملك التوكيل فى عقد لم يلزمه تعيين من يعقد معه كالموكل فى البيع والثانى يلزمه لان الولى انما جعل اليه اختيار الزوج لكمال شفقته ولا يوجد كمال الشفقة فى الوكيل فلم يجعل اختيار الزوج اليه

﴿فصل﴾ ولا يجوز للولى أن يزوج المنكوحة من غير كفء الا برضاها ورضى سائر الأولياء لما روت عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ تخيروا لنطفكم فانكحوا الاكفاء وانكحوا اليهم ولان فى ذلك الحاق عار بها و بسائر الأولياء فلم يجز من غير رضاهم

﴿فصل﴾ وان دعت المنكوحة الى غير كفء لم يلزم الولى تزويجها لانه يلحقه العار فان رضيا جميعا جاز تزويجها لما روت فاطمة بنت قيس قالت أتيت النبى ﷺ فأخبرته أن أبا الجهم ومعاوية يخطبانى فقال أما أبو الجهم فأخاف عليك عصاه وأما معاوية فشاب من شباب قريش لاشىء له ولكنى أدلك على من هو خير لك منهما قلت من يارسول الله قال أسامة قلت أسامة قال نعم أسامة فتزوجت أبا زيد فبورك لابى زيد فى و بورك لى فى أبى زيد وقال عبد الرحمن بن مهدى أسامة من الموالى وفاطمة قرشية ولان المنع من نكاح غير الكفء لحقهما فاذا رضيا زال المنع فان زوجت المرأة من غير كفء من غير رضاها أو من غير رضا سائر الأولياء فقد قال فى الأم النكاح باطل وقال فى الاملاء كان للباقين الرد وهذا يدل على أنه صحيح فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما انه باطل لأنه عقد فى حق غيره من غير اذن فبطل كما لو باع مال غيره بغير اذنه والثانى أنه صحيح و يثبت فيه

(قوله فهو سفاح) السفاح الزنا يقال سافحه مسافحة وسفاحا (قوله من غير كفء) الكفء المساوى لها والمماثل (قوله فأخاف عليك عصاه) أى الضرب بالعصا وقال أبو عبيد فى قوله صلى الله عليه وسلم أنفق على أهلك ولا ترفع عصاك عنهم لم يرد العصا التى يضرب بها ولا أمر أحدا بذلك وانما أراد يمنعها من الفساد يقال للرجل اذا كان رفيقا حسن السياسة لين العصا وقيل السفر كنى بالعصا عنه قال الشاعر * فألقت عصاها واستقر بها النوى * وقيل كنى به عن كثرة الجماع وليس بشىء قال الأزهرى معناه انه شديد على أهله خشن الجانب فى معاشرتهن مستقص عليهن فى باب الغيرة

الخيار لان النقص يوجب الخيار دون البطلان كما لو اشترى شيئا معيبا ومنهم من قال العقد باطل قولا واحدا لما ذكرناه وتأول قوله فى الاملاء على أنه أراد بالرد المنع من العقد ومنهم من قال ان عقد وهو يعلم أنه ليس بكفء بطل العقد كما لو اشترى الوكيل سلعة وهو يعلم بعيبها وان لم يعلم صح العقد وثبت الخيار كما لو اشترى الوكيل سلعة ولم يعلم بعيبها وحمل القولين على هذين الحالين

﴿فصل﴾ والكفاءة فى الدين والنسب والحرية والصنعة فأما الدين فهو معتبر فالفاسق ليس بكفء للعفيفة لما روى أبو حاتم المزنى أن رسول الله ﷺ قال اذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه الا تفعلوا تكن فتنة فى الأرض وفساد عريض وأما النسب فهو معتبر فالأعجمى ليس بكفء للعربية لما روى عن سلمان رضى الله عنه أنه قال لا نؤمكم فى صلاتكم ولا ننكح نساءكم وغير القرشى ليس بكفء للقرشية لقوله ﷺ قدموا قريشا ولا تتقدموها وهل تكون قريش كلها أكفاء فيه وجهان أحدهما أن الجميع أكفاء كما أن الجميع فى الخلافة أكفاء والثانى أنهم يتفاضلون فعلى هذا غير الهاشمى والمطلبى ليس بكفء للهاشمية والمطلبية لما روى واثلة بن الأسقع أن رسول الله ﷺ قال ان الله اصطفى كنانة من بنى اسمعيل واصطفى من كنانة قريشا واصطفى من قريش بنى هاشم واصطفانى من بنى هاشم وأما بنو هاشم و بنو المطلب فهم أكفاء لأن النبى ﷺ سوى بينهم فى الخمس وقال ان بنى هاشم و بنى عبد المطلب شىء واحد وأما الحرية فهى معتبرة فالعبد ليس بكفء للحرة لقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شىء ومن رزقناه منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا وجهرا هل يستوون ولأن الحرة يلحقها العار بكونها تحت عبد وأما الصنعة فهى معتبرة فالحائك ليس بكفء للبزاز والحجام ليس بكفء للخراز لأن الحياكة والحجامة يسترذل أصحابها واختلف أصحابنا فى اليسار فمنهم من قال يعتبر فالفقير ليس بكفء للموسرة لما روى سمرة قال قال رسول الله ﷺ الحسب المال والكرم التقوى ولان نفقة الفقير دون نفقة الموسر ومنهم من قال لا يعتبر لان المال يروح و يغدو ولا يفتخر به ذوو المروآت ولهذا قال الشاعر

غنينا زمانا بالتصعلك والغنى • وكلا سقاناه بكأسيهما الدهر
فما زادنا بغيا على ذى قرابة • غنانا ولا أزرى بأحسابنا الفقر

﴿فصل﴾ وان كان للمرأة وليان وأذنت لكل واحد منهما فى تزويجها فزوجها كل واحد منهما من رجل نظرت فان كان العقدان فى وقت واحد أو لم يعلم متى عقدا أو علم أن أحدهما قبل الآخر ولكن لم يعلم عين السابق منهما بطل العقدان لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر وان علم السابق ثم نسى وقف الأمر لأنه قد يتذكر وان علم السابق وتعين فالنكاح هو الاول والثانى باطل لما روى سمرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة زوجها وليان فهى للاول منهما فان ادعى كل واحد من الزوجين أنه هو الاول وادعيا علم المرأة به فان أنكرت العلم فالقول قولها مع يمينها لان الأصل عدم العلم وان أقرت لأحدهما سلمت اليه وهل تحلف للآخر فيه قولان أحدهما لا تحلف لان اليمين تعرض على المنكر حتى يقر ولو أقرت للثانى بعدما أقرت للأول لم يقبل فلم يكن فى تحليفها له فائدة والثانى تحلف لانها ربما نكلت وأقرت للثانى فيلزمها المهر فعلى هذا ان حلفت سقط دعوى الثانى وان أقرت للثانى لم يقبل رجوعها و يجب عليها المهر للثانى وان نكلت رددنا اليمين على الثانى فان لم يحلف استقر النكاح للاول وان حلف حصل مع الأول اقرار ومع الثانى يمين ونكول المدعى عليه فان قلنا انه كالبينة حكم بالنكاح للثانى لان البينة تقدم

(قوله فساد عريض) أى عام فاش كنى عنه بالعريض ومنه قوله تعالى فذو دعاء عريض (قوله اصطفى كنانة) الطاء فيه بدل من التاء والصفاء ضد الكدر ممدود وصفوة الشىء خالصه ومحمد صلى الله عليه وسلم صفوة الله ومصطفاه وقال أبو عبيدة صفوة مالى وصفوة مالى فاذا نزعوا الهاء قالوا اصفو مالى بالفتح لاغير (قوله يسترذل أصحابها) الرذل الدون الخسيس وقد رذل فلان بالضم يرذل رذالة ورذولة فهو رذل ورذال بالضم من قوم رذول وارذال ورذلاء عن يعقوب (قوله غنينا زمانا) أى عشنا أو اكتفينا يقال غنى بالمكان أقام به وغنى أى عاش بالتصعلك بالفقر والصعلوك الفقير. وعروة الصعاليك رجل من العرب كان يجمع الفقراء فى حظيرة و يرزقهم مما يغنم (قوله فما زاد نابغيا) البغى التعدى و يروى بأوا أى كبرا والبأو الكبر والفخر يقال بأوت على القوم بأى بأوا

على الاقرار وان قلنا انه بمنزلة الاقرار وهو الصحيح ففيه وجهان أحدهما يحكم ببطلان النكاحين لان مع الاول اقرارا ومع الثانى مايقوم مقام الاقرار فصار كما لو أقرت لهما فى وقت واحد والثانى أن النكاح للأول لانه سبق الاقرار له فلم يبطل باقرار بعده ويجب عليها المهر للثانى كما لو أقرت للاول ثم أقرت للثانى

﴿فصل﴾ ويجوز لولى الصبى أن يزوجه اذا رأى ذلك لما روى أن عمر رضى الله عنه زوج ابنا له صغيرا ولأنه يحتاج اليه اذا بلغ فاذا زوجه ألف حفظ الفرج وهل له أن يزوجه بأكثر من امرأة فيه وجهان أحدهما لا يجوز لأن حفظ الفرج يحصل بامرأة والثانى يجوز أن يزوجه بأربع لأنه قد يكون له فيه حفظ وأما المجنون فانه ان كان له حال افاقة لم يجز تزويجه بغير اذنه لانه يمكن استئذانه فلا يجوز الافتيات عليه وان لم يكن له حال افاقة ورأى الولى تزويجه للعفة أو الخدمة زوجه لان له فيه مصلحة وأما المحجور عليه لسفه فانه ان رأى الولى تزويجه زوجه لان ذلك من مصلحته فان كان كثير الطلاق سراه بجارية لانه لا يقدر على اعتاقها وان طلب التزويج وهو محتاج اليه فامتنع الولى فتزوج بغير اذنه ففيه وجهان أحدهما أنه لا يصح لانه تزوج بغير اذنه فلم يصح منه كما لو تزوج قبل الطلب والثانى يصح لانه حق وجب له يجوز له أن يستوفيه باذن من هو عليه فاذا امتنع جاز له أن يستوفيه بنفسه كما لو كان له على رجل دين وامتنع من أدائه وأما العبد فانه ان كان بالغا فهل يجوز لمولاه أن يزوجه بغير رضاه فيه قولان أحدهما له ذلك لانه مملوك يملك بيعه واجارته فملك تزويجه من غير رضاه كالامة والثانى ليس له ذلك لان النكاح معنى يقصد به الاستمتاع فلم يملك اجباره عليه كالقسم وان كان صغيرا ففيه طريقان أحدهما أنه على القولين لانه تصرف بحق الملك فاستوى فيه الصغير والكبير كالبيع والاجارة والثانى انه يملك تزويجه قولا واحدا لانه ليس من أهل التصرف فجاز تزويجه كالابن الصغير وان دعا العبد البالغ مولاه الى النكاح ففيه قولان أحدهما يلزمه تزويجه لانه مكلف مولى عليه فاذا طلب التزويج وجب تزويجه كالسفيه والثانى لا يلزمه لانه يملك بيعه واجارته فلم يلزمه تزويجه كالامة وأما المكاتب فلا يملك المولى اجباره على النكاح لانه سقط حقه من رقبته ومنفعته فان دعا المكاتب المولى الى التزويج فان قلنا يجب عليه تزويج العبد فالمكاتب أولى وان قلنا لا يجب عليه تزويج العبد ففى المكاتب وجهان أحدهما لا يجب لانه مملوك فلم يلزمه تزويجه كالعبد . والثانى يجب لانه لاحق له فى كسبه بخلاف العبد فان كسبه للمولى فاذا زوجه بطل عليه كسبه للمهر والنفقة

﴿فصل﴾ ولا يصح النكاح الا بشاهدين وقال أبو ثور يصح من غير شهادة لانه عقد فصح من غير شهادة كالبيع وهذا خطأ لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ قال كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولى وشاهدان ويخالف البيع فان القصد منه المال والقصد من النكاح الاستمتاع وطلب الولد ومبناهما على الاحتياط ولا يصح الا بشاهدين ذكرين فان عقد برجل وامرأتين لم يصح لحديث عائشة رضى الله عنها ولا يصح الا بعدلين لما روى ابن مسعود رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل فان عقد بمجهولى الحال ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه لا يصح لان ما افتقر ثبوته الى الشهادة لم يثبت بمجهولين كالاثبات عند الحاكم والثانى يصح وهو المذهب لانا لو اعتبرنا العدالة الباطنة لم تصح انكحة العامة الا بحضرة الحاكم لانهم لا يعرفون شروط العدالة وفى ذلك مشقة فاكتفى بالعدالة الظاهرة كما اكتفى فى الحوادث فى حقهم بالتقليد حين شق عليهم ادراكها بالدليل فان عقد بمجهولين ثم بان انهما كانا فاسقين لم يصح لانا حكمنا بصحته فى الظاهر فاذا بان خلافه حكم بابطاله كما لو حكم الحاكم باجتهاده ثم وجد النص بخلافه ومن اصحابنا من قال فيه قولان بناء على القولين فى الحاكم اذا حكم بشهادة شاهدين ثم بان انهما كانا فاسقين وان عقد بشهادة أعميين ففيه وجهان أحدهما أنه يصح لان الاعمى يجوز ان يكون شاهدا والثانى لا يصح لانه لا يعرف العاقد فهو كالاصم الذى لا يسمع لفظ العاقد ويصح بشهادة ابنى أحد الزوجين لانه يجوز أن يثبت النكاح بشهادتهما وهو اذا جحد الزوج الآخر وهل يصح بشهادة ابنيهما او بشهادة ابن الزوج وابن الزوجة فيه وجهان أحدهما يصح لانهما من اهل الشهادة . والثانى لا يصح لانه لا يثبت هذا النكاح بشهادتهما بحال

﴿فصل﴾ واذا اختلف الزوجان فقالت الزوجة عقدنا بشاهدين فاسقين وقال الزوج عقدنا بعدلين ففيه وجهان احدهما

ان القول قول الزوج لان الأصل بقاء العدالة والثانى أن القول قول الزوجة لان الأصل عدم النكاح وان تصادقا على أنهما تزوجا بولى وشاهدين وأنكر الولى والشاهدان لم يلتفت الى انكارهم لان الحق لهما دون الولى والشاهدين

﴿فصل﴾ ولا يصح الا على زوجين معينين لان المقصود بالنكاح أعيانهما فوجب تعيينهما فان كانت المنكوحة حاضرة فقال زوجتك هذه صح وان قال زوجتك هذه فاطمة واسمها عائشة صح لان مع التعيين بالاشارة لا حكم للاسم فلم يؤثر الغلط فيه وان كانت المنكوحة غائبة فقال زوجتك ابنتى وليس له غيرها صح وان قال زوجتك ابنتى فاطمة وهى عائشة صح لانه لا حكم للاسم مع التعيين بالنسب فلم يؤثر الخطأ فيه وان كان له ابنتان فقال زوجتك ابنتى لم يصح حتى يعينها بالاسم أو بالصفة وان قال زوجتك عائشة وقبل الزوج ونويا ابنته أو قال زوجتك ابنتى وقبل الزوج ونويا الكبيرة صح لانها تعينت بالنية وان قال زوجتك ابنتى ونوى الكبيرة وقبل الزوج ونوى الصغيرة لم يصح لان الايجاب فى امرأة والقبول فى أخرى وان قال زوجتك ابنتى عائشة ونوى الصغيرة وقبل الزوج ونوى الكبيرة صح النكاح فى عائشة فى الظاهر ولم يصح فى الباطن لان الزوج قبل فى غير ما أوجب الولى

﴿فصل﴾ ويستحب أن يخطب قبل العقد لما روى عن عبد الله قال علمنا رسول الله ﷺ خطبة الحاجة الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادى له وأشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله قال عبد الله ثم تصل خطبتك بثلاث آيات اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن الا وأنتم مسلمون اتقوا الله الذى تساءلون به والارحام ان الله كان عليكم رقيبا اتقوا الله وقولوا قولا سديدا فان عقد من غير خطبة جاز لما روى سهل بن سعد الساعدى أن النبى ﷺ قال للذى خطب الواهبة زوجتكها بما معك من القرآن ولم يذكر الخطبة ويستحب أن يدعى لهما بعد العقد لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا رفأ الانسان اذا تزوج قال بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما فى خير

﴿فصل﴾ ولا يصح العقد الا بلفظ التزويج أو الانكاح لان ما سواهما من الالفاظ كالتمليك والهبة لا يأتى على معنى النكاح ولان الشهادة شرط فى النكاح فاذا عقد بلفظ الهبة لم تقع الشهادة على النكاح واختلف أصحابنا فى نكاح النبى ﷺ بلفظ الهبة فمنهم من قال لا يصح لان كل لفظ لا ينعقد به نكاح غيره لم ينعقد به نكاحه كلفظ الاحلال ومنهم من قال يصح لانه لما خص بهبة البضع من غير بدل خص بلفظها وان قال زوجنى فقال زوجتك صح لان الذى خطب الواهبة من رسول الله ﷺ قال زوجنيها فقال النبى ﷺ زوجتكها بما معك من القرآن وان قال زوجتك فقال قبلت ففيه قولان أحدهما يصح لان القبول يرجع الى ما أوجبه الولى كما يرجع فى البيع الى ما أوجبه البائع والثانى لا يصح لان قوله قبلت ليس بصريح فى النكاح فلم يصح به كما لو قال زوجتك فقال نعم وان عقد بالعجمية ففيه ثلاثة أوجه أحدها لا يصح لقوله ﷺ استحللتم فروجهن بكلمة الله وكلمة الله بالعربية فلا تقوم العجمية مقامها كالقرآن والثانى وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه ان كان يحسن بالعربية لم يصح وان لم يحسن صح لان ما اختص بلفظ غير معجز جاز بالعجمية عند العجز عن العربية ولم يجز عند القدرة كتكبيرة الصلاة والثالث وهو الصحيح انه يصح سواء أحسن بالعربية أولم يحسن لان لفظ النكاح بالعجمية يأتى على ما يأتى عليه لفظه بالعربية فقام مقامه ويخالف القرآن فان القصد منه النظم المعجز وذلك لا يوجد فى غيره والقصد بالتكبيرة العبادة ففرق فيه بين العجز والقدرة كأفعال الصلاة والقصد بالنكاح تمليك ما يقصد بالنكاح والعجمية كالعربية فى ذلك فان فصل بين القبول والايجاب بخطبة بأن قال الولى زوجتك وقال الزوج بسم الله والحمد لله والصلاة على رسول الله قبلت نكاحها ففيه وجهان أحدهما وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله انه يصح لان الخطبة مأمور بها للعقد فلم تمنع صحته كالتيمم بين صلاتى

(قوله خطبة الحاجة) الحاجة ههنا النكاح (قوله كان اذا رفأ الانسان) أى دعا له والرفاء بالمد هو الدعاء بالاتفاق وحسن الاجتماع يقال للمتزوج بالرفاء والبنين وأصله من رفء الثوب وهو اصلاحه (قوله استحللتم فروجهن بكلمة الله) هى قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقيل قوله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ذكره الزمخشرى (قوله النظم المعجز) يعنى القرآن يعنى معجزا أن يأتى أحد بمثله

الجمع والثانى لايصح لانه فصل بين الايجاب والقبول فلم يصح كما لو فصل بينهما بغير الخطبة ويخالف التيمم فانه مأمور به بين الصلاتين والخطبة مأمور بها قبل العقد

﴿ فصل ﴾ واذا انعقد العقد لزم ولم يثبت فيه خيار المجلس ولا خيار الشرط لأن العادة فى النكاح أنه يسئل عما يحتاج اليه قبل العقد فلا حاجة فيه الى الخيار بعده والله أعلم

﴿ باب ما يحرم من النكاح وما لا يحرم ﴾

من ارتد عن الدين لم يصح نكاحه لأن النكاح يراد للاستمتاع ولا يوجد ذلك فى نكاح المرتد ولا يصح نكاح الخنثى المشكل لأنه ان تزوج امرأة لم يؤمن أن يكون امرأة وان تزوج رجلا لم يؤمن أن يكون رجلا ولا يصح نكاح المحرم لما بيناه فى الحج

﴿ فصل ﴾ ويحرم على الرجل من جهة النسب الام والبنت والاخت والعمة والخالة وبنت الأخ وبنت الاخت لقوله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت ومن حرم عليه مما ذكرناه بنسب حرم عليه بذلك النسب كل من يدلى به وان بعد فتحرم عليه الأم وكل من يدلى بالامومة من الجدات من الأب والأم وان علون وتحرم عليه البنت وكل من ينتسب اليه بالبنوة من بنات الأولاد وأولاد الاولاد وان سفلن وتحرم عليه الاخت من الأب والأخت من الأم والأخت من الأب والأم وتحرم عليه العمة وكل من يدلى اليه بالعمومة من أخوات الآباء والاجداد من الأب والأم أو من الأب أو من الأم وان علون وتحرم عليه الخالة وكل من يدلى اليه بالخؤلة من أخوات الجدات من الأب والأم أو من الاب أو من الام وان علون وتحرم عليه بنت الاخ وكل من ينتسب اليه ببنوة الأخ من بنات أولاده وأولاد أولاده وان سفلن وتحرم عليه بنت الأخت وكل من ينتسب اليه ببنوة الأخت من أولادها وأولاد أولادها وان سفلن لأن الاسم يطلق على ماقرب وبعد والدليل عليه قوله سبحانه وتعالى يابنى آدم وقوله تعالى ملة أبيكم ابراهيم وقوله سبحانه وتعالى ملة آبائى ابراهيم واسحق ويعقوب فأطلق عليهم اسم الآباء مع البعد وقال صلى الله عليه وسلم لقوم من أصحابه يرمون ارموا فان أباكم اسمعيل عليه السلام كان راميا فسمى اسمعيل أباهم مع البعد ولأن من بعد منهم كمن قرب فى الحكم والدليل عليه أن ابن الابن كالابن والجد كالأب فى الميراث والولاية والعتق بالملك ورد الشهادة فلأن يكون كالابن والأب فى التحريم ومبناه على التغليب أولى

﴿ فصل ﴾ وتحرم عليه من جهة المصاهرة أم المرأة دخل بها أو لم يدخل لقوله تعالى وأمهات نسائكم ويحرم عليه كل من يدلى الى امرأته بالامومة من الجدات من الأب والام لما بيناه فى الفصل قبله ويحرم عليه ابنة المرأة بنفس العقد تحريم جمع لانه اذا حرم عليه الجمع بين المرأة وأختها فلأن يحرم الجمع بين المرأة وابنتها أولى فان بانت الام قبل الدخول حلت له البنت وان دخل بالام حرمت عليه البنت على التأبيد لقوله تعالى وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وتحرم عليه كل من ينتسب الى امرأته بالبنوة من بنات أولادها وأولاد أولادها وان سفلن من وجد منهن ومن لم يوجد كما تحرم البنت وتحرم عليه حليلة الابن لقوله تعالى وحلائل أبنائكم وتحرم عليه حليلة كل من ينتسب اليه بالبنوة من بنى الاولاد وأولاد الاولاد لما بيناه وتحرم عليه حليلة الاب لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء وتحرم عليه حليلة كل من يدلى اليه بالابوة من الاجداد لما ذكرناه

﴿ فصل ﴾ ومن حرم عليه بنكاحه أو بنكاح أبيه أو ابنه حرم عليه بوطئه أو وطء أبيه أو ابنه فى ملك أو شبهة لان الوطء معنى تصير به المرأة فراشا فتعلق به تحريم المصاهرة كالنكاح ولان الوطء فى ايجاب التحريم آكد من العقد بدليل أن الربيبة تحرم بالعقد تحريم جمع وتحرم بالوطء على التأبيد فاذا ثبت تحريم المصاهرة بالعقد فلأن يثبت بالوطء أولى واختلف قوله فى المباشرة فيما دون الفرج بشهوة فى ملك أو شبهة فقال فى أحد القولين هو كالوطء فى التحريم لانها مباشرة لا تستباح الا بملك فتعلق بها تحريم المصاهرة كالوطء والثانى لا يحرم بها ما يحرم بالوطء لقوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ولأنها

(قوله وحلائل ابنائكم) جمع حليلة فعيلة من الحلال الذى هو ضد الحرام

مباشرة لاتوجب العدة فلايتعلق بها التحريم كالمباشرة بغير شهوة وان تزوج امرأة ثم وطىء أمها أو بنتها أووطئها أبوه أو ابنه بشبهة انفسخ النكاح لانه معنى يوجب تحريما مؤبدا فاذا طرأ على النكاح أبطله كالرضاع

﴿ فصل ﴾ وان زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها لقوله تعالى وأحل لكم ماوراء ذلكم وروت عائشة رضى الله عنها أن النبي ﷺ سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوجها أو ابنتها فقال لايحرم الحرام الحلال انما يحرم ما كان بنكاح ولاتحرم بالزنا أمها ولا ابنتها ولاتحرم هى على ابنه ولا على أبيه للآية والخبر ولانه معنى لا تصير به المرأة فراشا فلم يتعلق به تحريم المصاهرة كالمباشرة بغير شهوة وان لاط بغلام لم تحرم عليه أمه وابنته للآية والخبر وان زنى بامرأة فأتت منه بابنة فقد قال الشافعى رحمه الله أكره أن يتزوجها فان تزوجها لم أفسخ فمن أصحابنا من قال انما كره خوفا من أن تكون منه فعلى هذا ان علم قطعا انها منه بأن أخبره النبي صلى الله عليه وسلم فى زمانه لم تحل له ومنهم من قال انما كره ليخرج من الخلاف لان أباحنيفة يحرمها فعلى هذا لو تحقق أنها منه لم تحرم وهو الصحيح لانها ولادة لايتعلق بها ثبوت النسب فلم يتعلق بها التحريم كالولادة لمادون ستة أشهر من وقت الزنا واختلف أصحابنا فى المنفية باللعان فمنهم من قال يجوز للملاعن نكاحها لانها منفية عنه فهى كالبنت من الزنا ومنهم من قال لايجوز للملاعن نكاحها لانها غير منفية عنه قطعا ولهذا لو أقر بها ثبت النسب

﴿ فصل ﴾ ويحرم عليه أن يجمع بين أختين فى النكاح لقوله عز وجل وأن تجمعوا بين الاختين ولأن الجمع بينهما يؤدى الى العداوة وقطع الرحم ويحرم عليه أن يجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لماروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولأنهما امرأتان لو كانت احداهما ذكرا لم يحل له نكاح الاخرى فلم يجز الجمع بينهما فى النكاح كالاختين فان جمع بين الاختين أو بين المرأة وعمتها أو بين المرأة وخالتها فى عقد واحد بطل نكاحهما لأنه ليست احداهما بأولى من الاخرى فبطل نكاحهما وان تزوج احداهما بعد الاخرى بطل نكاح الثانية لانها اختصت بالتحريم وان تزوج احداهما ثم طلقها فان كان طلاقا بائنا حلت له الاخرى لانه لم يجمع بينهما فى الفراش وان كان رجعيا لم تحل لانها باقية على الفراش وان قال أخبرتنى بانقضاء العدة وأنكرت المرأة لم يقبل قوله فى اسقاط النفقة والسكنى لانه حق لها ويقبل قوله فى جواز نكاح أختها لان الحق لله تعالى وهو مقلد فيما بينه وبينه فان نكح وثنى وثنية ودخل بها ثم أسلم وتزوج بأختها فى عدتها لم يصح وقال المزنى النكاح موقوف على اسلامها فان لم تسلم حتى انقضت العدة صح كما يقف نكاحها على اسلامها وهذا خطأ لانها جارية الى بينونة فلم يصح نكاح أختها كالرجعية ويخالف هذا نكاحها فان الموقوف هناك الحل والنكاح يجوز أن يقف حله ولا يقف عقده ولهذا يقف حل نكاح المرتدة على انقضاء العدة ولا يقف نكاحها على الاسلام ويقف حل نكاح الرجعية على العدة ولا يقف نكاح أختها على العدة

﴿ فصل ﴾ ومن حرم عليه نكاح امرأة بالنسب أو بالمصاهرة أو بالجمع حرم عليه وطؤها بملك اليمين لانه اذا حرم النكاح فلأن يحرم الوطء وهو المقصود أولى وان ملك أختين فوطىء احداهما حرمت عليه الاخرى حتى تحرم الموطوأة ببيع أو عتق أو كتابة أو نكاح فان خالف ووطئها لم يعد الى وطئها حتى تحرم الاولى والمستحب أن لايطأ الاولى حتى يستبرىء الثانية حتى لا يكون جامعا للماء فى رحم أختين وان تزوج امرأة ثم ملك أختها لم تحل له المملوكة لان أختها على فراشه وان وطىء مملوكة ثم تزوج أختها حرمت المملوكة وحلت المنكوحة لان فراش المنكوحة أقوى لانه يملك به حقوق لاتملك بفراش المملوكة من الطلاق والظهار والايلاء واللعان فثبت الاقوى وسقط الاضعف كملك اليمين لما ملك به مالا يملك بالنكاح من الرقبة والمنفعة اذا طرأ على النكاح ثبت وسقط النكاح

﴿ فصل ﴾ وما حرم من النكاح والوطء بالقرابة حرم بالرضاع لقوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة فنص على الام والاخت وقسنا عليهما من سواهما وروت عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يحرم من الرضاع مايحرم من الولادة

﴿ فصل ﴾ ومن حرم عليه نكاح امرأة على التأبيد برضاع أو نكاح أو وطء مباح صار لها محرما فى جواز النظر والخلوة لانها محرمة عليه على التأبيد بسبب غير محرم فصار محرما لها كالام والبنت ومن حرمت عليه بوطء شبهة لم يصر محرما لها لانها حرمت عليه بسبب غير مباح ولم تلحق بذوات المحارم والأنساب

﴿ فصل ﴾ ويحرم على المسلم أن يتزوج بمن لا كتاب له من الكفار كعبدة الأوثان ومن ارتد عن الاسلام لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويحرم عليه أن يطأ اماءهم بملك اليمين لأن كل صنف حرم وطء حرائرهم بعقد النكاح حرم وطء امائهم بملك اليمين كالأخوات والعمات ويحل له نكاح حرائر أهل الكتاب وهم اليهود والنصارى ومن دخل في دينهم قبل التبديل لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ولأن الصحابة رضي الله عنهم تزوجوا من أهل الذمة فتزوج عثمان رضي الله عنه نائلة بنت الفرافصة الكلبية وهي نصرانية وأسلمت عنده وتزوج حذيفة رضي الله عنه بيهودية من أهل المدائن وسئل جابر رضي الله عنه عن نكاح المسلم اليهودية والنصرانية فقال تزوجناهن زمان الفتح بالكوفة مع سعد بن أبي وقاص ويحل له وطء امائهم بملك اليمين لأن كل جنس حل نكاح حرائرهم حل وطء امائهم كالمسلمين ويكره أن يتزوج حرائرهم وان يطأ اماءهم بملك اليمين لأنا لا نأمن أن يميل اليها فتفتنه عن الدين أو يتولى أهل دينها فان كانت حربية فالكراهية أشد لأنه لا يؤمن ما ذكرناه ولأنه يكثر سواد أهل الحرب ولأنه لا يؤمن أن يسبي ولده منها فيسترق

﴿ فصل ﴾ وأما غير اليهود والنصارى من أهل الكتاب كمن يؤمن بزبور داود عليه السلام وصحف شيث فلا يحل للمسلم أن ينكح حرائرهم ولا أن يطأ اماءهم بملك اليمين لأنه قيل ان ما معهم ليس من كلام الله عز وجل وانما هو شيء نزل به جبريل عليه السلام كالاحكام التي نزل بها على النبي ﷺ من غير القرآن وقيل ان الذي معهم ليس بأحكام وانما هي مواعظ والدليل عليه قوله تعالى انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا ومن دخل في دين اليهود والنصارى بعد التبديل لا يجوز للمسلم أن ينكح حرائرهم ولا أن يطأ اماءهم بملك اليمين لانهم دخلوا في دين باطل فهم كمن ارتد من المسلمين ومن دخل فيهم ولا يعلم انهم دخلوا قبل التبديل أو بعده كنصارى العرب وهم تنوخ وبنو تغلب وبهراء لم يحل نكاح حرائرهم ولا وطء امائهم بملك اليمين لان الاصل في الفروج الحظر فلا تستباح مع الشك

﴿ فصل ﴾ واختلف أصحابنا في السامرة والصابئين فقال أبو اسحق السامرة من اليهود والصابئون من النصارى واستفتى القاهر أبا سعيد الاصطخري في الصابئين فأفتى بقتلهم لانهم يعتقدون أن الكواكب السبعة مدبرة والمذهب أنهم ان وافقوا اليهود والنصارى في أصول الدين من تصديق الرسل والايمان بالكتب كانوا منهم وان خالفوهم في أصول الدين لم يكونوا منهم وكان حكمهم حكم عبدة الاوثان واختلفوا في المجوس فقال أبو ثور يحل نكاحهم لانهم يقرون على دينهم بالجزية كاليهود والنصارى وقال أبو اسحق ان قلنا انهم كان لهم كتاب حل نكاح حرائرهم ووطء امائهم والمذهب انه لا يحل لانهم غير متمسكين بكتاب فهم كعبدة الاوثان وأما حقن الدم فلأن لهم شبهة كتاب والشبهة في الدم تقتضي الحقن وفي البضع تقتضي الحظر وأما ما قال أبو اسحق فلا يصح لانه لو جاز نكاحهم على هذا القول لجاز قتلهم على القول الآخر

﴿ فصل ﴾ ويحرم عليه نكاح من ولد بين وثني وكتابية لان الولد من قبيلة الاب ولهذا ينسب اليه ويشرف بشرفه فكان حكمه في النكاح حكمه ومن ولد بين كتابي ووثنية ففيه قولان أحدهما انها لا تحرم عليه لانها من قبيلة الاب والاب من أهل الكتاب والثاني انها تحرم لانها لم تتمحض كتابية فأشبهت المجوسية

﴿ فصل ﴾ ولا يحل له نكاح الامة الكتابية لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت

(قوله فتفتنه) الفتنة هي الاضلال عن الحق الى الباطل. والفاتن المضل عن الحق. وفتنته المرأة اذا ألهته. والفتنة أيضا الابتلاء والاختبار (قوله يؤمن بزبور داود عليه السلام) أصل الزبور الكتاب. زبر أي كتب (قوله بعد التبديل) معناه أنهم جعلوا أبدل الحرام حلالا وبدل الحلال حراما وبدلوا صفة النبي ﷺ على غير ما نزلت من عند الله (قوله يعتقدون أن الكواكب السبعة مدبرة) هي الشمس والقمر والمشترى وزحل والمريخ وزهرة وعطارد. ومدبرة أي تدبر الخلق في معاشهم وفقرهم وغناهم. يقال الوزير يدبر الملك أي ينظر في أمر مصلحته. والتدبر هو التفكر في عواقب الامور وذلك رأي المنجمين وكذبوا انما ذلك الى الله تعالى (قوله حقن الدم) حقنت دمه منعت أن سفك. وأصله من حقنت اللبن أحقنه بالضم اذا جمعته في السقاء وصببت حليبه على رائبه. واسم هذا اللبن الحقين (قوله ومن لم يستطع منكم طولا) الطول الفضل والبسطة والمقدرة على

أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ولأنها ان كانت لكافر استرق ولده منها وان كانت لمسلم لم يؤمن أن يبيعها من كافر فيسترق ولده منها وأما الامة المسلمة فانه ان كان الزوج حرا نظرت فان لم يخش العنت وهو الزنا لم يحل له نكاحها لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات الى قوله عز وجل ذلك لمن خشي العنت منكم فدل على أنها لا تحل لمن لم يخش العنت وان خشي العنت ولم تكن عنده حرة ولا يجد طولا وهو مايتزوج به حرة ولا مايشتري به أمة جاز له نكاحها للآية وان وجد مايتزوج به حرة مسلمة لم يحل له نكاح الامة لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم فدل على أنه اذا استطاع ماينكح به محصنة مؤمنة أنه لا ينكح الأمة وان وجد مايتزوج به حرة كتابية أو يشترى به أمة ففيه وجهان أحدهما يجوز لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم وهذا غير مستطيع أن ينكح المحصنات المؤمنات والثاني لا يجوز وهو الصحيح لقوله تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم وهذا لا يخشى العنت وان كانت عنده حرة لا يقدر على وطئها لصغر أو لرتق أو لضنى من مرض ففيه وجهان أحدهما يحل له نكاح الأمة لأنه يخشى العنت والثاني لا يحل لأن تحته حرة فلا يحل له نكاح الأمة والصحيح هو الأول فان لم تكن عنده حرة ولم يقدر على طول حرة وخشي العنت فتزوج أمة ثم تزوج حرة أو وجد طول حرة أو أمن العنت لم يبطل نكاح الأمة وقال المزني اذا وجد صداق حرة بطل نكاح الأمة لأن شرط الاباحة قد زال وهذا خطأ لأن زوال الشرط بعد العقد لا حكم له كما لو أمن العنت بعد العقد وان كان الزوج عبدا حل له نكاح الأمة وان وجد صداق حرة ولم يخف العنت لأنها مساوية له فلم يقف نكاحها على خوف العنت وعدم صداق الحرة كالحرة فى حق الحر

﴿ فصل ﴾ ويحرم على العبد نكاح مولاته لأن أحكام الملك والنكاح تتناقض فان المرأة بحكم الملك تطالبه بالسفر الى المشرق والعبد بحكم النكاح يطالبها بالسفر الى المغرب والمرأة بحكم النكاح تطالبه بالنفقة والعبد بحكم الملك يطالبها بالنفقة وان تزوج العبد حرة ثم اشترته انفسخ النكاح لأن ملك اليمين أقوى لأنه يملك به الرقبة والمنفعة فأسقط النكاح ويحرم على المولى أن يتزوج أمته لأن النكاح يوجب للمرأة حقوقا يمنع منها ملك اليمين فبطل وان تزوج جارية ثم ملكها انفسخ النكاح لما ذكرناه فى العبد اذا تزوج حرة ثم اشترته

﴿ فصل ﴾ ويحرم على الاب نكاح جارية ابنه لأن له فيها شبهة تسقط الحد بوطئها فلم يحل له نكاحها كالجارية المشتركة بينه وبين غيره فان تزوج جارية أجنبي ثم ملكها ابنه ففيه وجهان أحدهما انه يبطل النكاح لان ملك الابن كملكه فى اسقاط الحد وحرمة الاستيلاد فكان كملكه فى ابطال النكاح والثاني لا يبطل لانه لا يملكها بملك الابن فلم يبطل النكاح

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز نكاح المعتدة من غيره لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ولان العدة وجبت لحفظ النسب فلو جوزنا فيها النكاح اختلط النسب وبطل المقصود ويكره نكاح المرتابة بالحمل بعد انقضاء العدة لانه لا يؤمن أن تكون حاملا من غيره فان تزوجها ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي العباس ان النكاح باطل لانها مرتابة بالحمل فلم يصح نكاحها كما لو حدثت الريبة قبل انقضاء العدة والثاني وهو قول أبي سعيد وأبي اسحاق انه يصح وهو الصحيح لانها

المال والطول أيضا المن. تطول على أى من (قوله المحصنات) هن ههنا الحرائر . والمحصنات أيضا المزوجات . والمحصنات العفائف. أحصنت المرأة عفت عن الزنا . وكل امرأة عفيفة فهى محصنة ومحصنة . وكل امرأة مزوجة محصنة بالفتح لاغير . ولعله مأخوذ من الحصن وهو الموضع يمتنع فيه من العدو كانها منعت نفسها من البغى وهو الزنا الذى تقدم عليه الامة الفاجرة . يقال مدينة حصينة أى ممنوعة ودرع حصينة لا يعمل فيها السلاح (قوله لمن خشي العنت) أى يخاف الزنا . والعنت أيضا المشقة . قال تعالى عزيز عليه ما عنتم وودوا ما عنتم ، كأنه تلحقه المشقة بترك النكاح . والعنة فى اللغة المشقة الشديدة يقال أكمة عنوت اذا كانت شاقة قاله الأزهرى . وقال المبرد العنت ههنا الهلاك لان الشهوة تحمله على الزنا فيهلك بالحد . وقال الجوهرى هو الفجور ههنا (قوله عقدة النكاح) وعقده هو احكامه وانبا نه مأخوذ من عقد الحبل وهو ربطه حتى يبلغ الكتاب أجله الاجل مدة الشىء التى ينتهى اليها كأجل الدين وأجل الموت (قوله المرتابة بالحمل) هى الشاكة . والريب والريبة هى الشك لاريب فيه لاشك

ريبة حدثت بعد انقضاء العدة فلم تمنع صحة العقد كما لو حدثت بعد النكاح ويجوز نكاح الحامل من الزنا لان حملها لا يلحق بأحد فكان وجوده كعدمه

﴿ فصل ﴾ ويحرم على الحر أن يتزوج بأكثر من أربع نسوة لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع وروى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة فقال له النبي ﷺ خذ منهن أربعا ويحرم على العبد أن يجمع بين أكثر من امرأتين وقال أبو ثور يحل له أن يجمع بين أربع وهذا خطأ لما روى أن عمر رضى الله عنه خطب وقال من يعلم ماذا يحل للمملوك من النساء فقال رجل أنا فقال كم قال اثنتان فسكت عمر وروى ذلك عن على وعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهما

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز نكاح الشغار وهو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته من رجل على أن يزوجه ذلك ابنته أو أخته ويكون بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته من الرجل على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق ولانه أشرك فى البضع بينه وبين غيره فبطل العقد كما لو زوج ابنته من رجلين فأما اذا قال زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك صح النكاحان لانه لم يحصل التشريك فى البضع وانما حصل الفساد فى الصداق وهو أنه جعل الصداق أن يزوجه ابنته فبطل الصداق وصح النكاح وان قال زوجتك ابنتى بمائة على أن تزوجنى ابنتك بمائة صح النكاحان ووجب مهر المثل لان الفساد فى الصداق وهو شرطه مع المائة تزويج ابنته فأشبه المسئلة قبلها وان قال زوجتك ابنتى بمائة على أن تزوجنى ابنتك بمائة ويكون بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى ففيه وجهان أحدهما يصح لان الشغار هو الخالى من الصداق وههنا لم يخل من الصداق والثانى لا يصح وهو المذهب لان المبطل هو التشريك فى البضع وقد اشترك فى البضع

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز نكاح المتعة وهو أن يقول زوجتك ابنتى يوما أو شهرا لما روى محمد بن على رضى الله عنهما أنه سمع أباه على ابن أبى طالب كرّم الله وجهه وقد لقى ابن عباس وبلغه أنه يرخص فى متعة النساء فقال له على كرم الله وجهه انك امرؤ تائه ان رسول الله ﷺ نهى عنها يوم خيبر وعن لحوم الحمر الانسية ولانه عقد يجوز مطلقا فلم يصح مؤقتا كالبيع ولانه نكاح لا يتعلق به الطلاق والظهار والارث وعدة الوفاة فكان باطلا كسائر الأنكحة الباطلة

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز نكاح المحلل وهو أن ينكحها على أنه اذا وطئها فلا نكاح بينهما وأن يتزوجها على أن يحلها للزوج الاول لما روى هزيل عن عبد الله قال لعن رسول الله ﷺ الواصلة والموصولة والواشمة والموشومة والمحلل والمحلل له وآكل

(قوله مثنى وثلاث ورباع) كل هذا اللفظ معدول عن اثنتين وثلاث وأربع منهم من يقيس عليه الى العشرة ومنهم من يمنع ذلك يقال ثناء وثلاث ورباع ومثنى ومثلث ومربع وقد يغاير بين ألفاظها كما جاء به القرآن (قوله ولا يجوز نكاح الشغار) أصله من شغر الكلب اذا رفع احدى رجليه عند البول لان كل واحد منهما يشغر اذا نكح ومعناه لا ترفع رجل ابنتى مالم أرفع رجل ابنتك. وقال فى الفائق هو من قولهم شغرت بنى فلان من الباب اذا أخرجتهم قال

ونحن شغرنا ابنى نزار كليهما ✽ وكلبا بطعن مرهب متقارب

ومنه قولهم تفرقوا شغر بغر لانهما اذا تبدلا بأختيهما فقد أخرج كل واحد منهما أخته الى صاحبه وفارق بها اليه. وقيل سمى شغارا لخلوه عن المهر من قولهم شغر البلد اذا خلى عن أهله. وقال فى الشامل وقيل سمى شغارا لقبحه تشبيها برفع الكلب رجله ليبول (قوله نكاح المتعة) أصله من المتاع وهو ما يتبلغ به الى حين. والتمتع أيضا الانتفاع بالشىء كأنه ينتفع صاحبه ويتبلغ بنكاحها الى الوقت الذى وقته (قوله انك امرؤ تائه) أى متحير عن الحق يقال تاهت السفينة عن بلد كذا أى تحيرت عن المقصد فلم تهتد له. ويقال تاه فى الأرض اذا ذهب متحيرا قال الله تعالى يتيهون فى الأرض ويقال أيضا تاه يتيه اذا تكبر (قوله الحمر الانسية) بفتح النون ضد الوحشية منسوبة الى الانس بالتحريك وهم الحى المقيمون. والانس أيضا لغة فى الانس (قوله الواصلة والموصولة) هى التى تصل شعرها بشعر آخر. والواشمة والموشومة أن تغرز ابرة فى شىء من البدن فى اليد أو الرجل أو الوجه ثم يذر عليه النؤور فيندمل وقد صار موشوما أسود

الربا وطعمه ولانه نكاح شرط انقطاعه دون غايته فشابه نكاح المتعة وان تزوجها على أنه اذا وطئها طلقها ففيه قولان أحدهما أنه باطل لما ذكرناه من العلة والثانى أنه يصح لان النكاح مطلق وانما شرط قطعه بالطلاق فبطل الشرط وصح العقد فان تزوجها واعتقدا أنه يطلقها اذا وطئها كره ذلك لما روى أبو مرزوق التجيبى أن رجلا أتى عثمان رضى الله عنه فقال ان جارى طلق امرأته فى غضبه ولقى شدة فأردت أن أحتسب نفسى ومالى فأتزوجها ثم أبنى بها ثم أطلقها فترجع الى زوجها الاول فقال له عثمان رضى الله عنه لا تنكحها الا بنكاح رغبة فان تزوج على هذه النية صح النكاح لان العقد انما يبطل بما شرط لا بما قصد ولهذا لو اشترى عبدا بشرط أن لا يبيعه بطل ولو اشتراه بنية أن لا يبيعه لم يبطل

﴿فصل﴾ وان تزوج بشرط الخيار بطل العقد لانه عقد يبطله التوقيت فبطل بالخيار الباطل كالبيع وان شرط أن لا يتسرى عليها أو لا ينقلها من بلدها بطل الشرط لانه يخالف مقتضى العقد ولا يبطل العقد لانه لا يمنع مقصود العقد وهو الاستمتاع فان شرط أن لا يطأها ليلا بطل الشرط لقوله ﷺ المؤمنون على شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا فان كان الشرط من جهة المرأة بطل العقد وان كان من جهة الزوج لم يبطل لأن الزوج يملك الوطء ليلا ونهارا وله أن يترك فاذا شرط أن لا يطأها فقد شرط ترك ماله تركه والمرأة يستحق عليها الوطء ليلا ونهارا فاذا شرطت أن لا يطأها فقد شرطت منع الزوج من حقه وذلك ينافى مقصود العقد فبطل

﴿فصل﴾ ويجوز التعريض بخطبة المعتدة عن الوفاة والطلاق الثلاث لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ولما روت فاطمة بنت قيس ان أبا حفص بن عمرو طلقها ثلاثا فأرسل اليها النبى صلى الله عليه وسلم لا تسبقينى بنفسك فزوجها بأسامة رضى الله عنه ويحرم التصريح بالخطبة لانه لما أباح التعريض دل على أن التصريح محرم ولان التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن أن يحملها الحرص على النكاح فتخبر بانقضاء العدة والتعريض يحتمل غير النكاح فلا يدعوها الى الاخبار بانقضاء العدة وان خالعها زوجها فاعتدت لم يحرم على الزوج التصريح بخطبتها لانه يجوز له نكاحها فهو معها كالأجنبى مع الأجنبية فى غير العدة ويحرم على غيره التصريح بخطبتها لأنها محرمة عليه وهل يحرم التعريض فيه قولان أحدهما يحرم لأن الزوج يملك أن يستبيحها فى العدة فلم يجز لغيره التعريض بخطبتها كالرجعية والثانى لا يحرم لأنها معتدة بائن فلم يحرم التعريض بخطبتها كالمطلقة ثلاثا والمتوفى عنها زوجها والمرأة فى الجواب كالرجل فى الخطبة فيما يحل وفيما يحرم لأن الخطبة للعقد فلا يجوز أن يختلفا فى تحليله وتحريمه والتصريح أن يقول اذا انقضت عدتك تزوجتك أو ما أشبهه والتعريض أن يقول رب راغب فيك وقال الأزهرى أنت جميلة وأنت مرغوب فيك وقال مجاهد مات رجل وكانت امرأته تتبع الجنازة فقال لها رجل لا تسبقينا بنفسك فقالت قد سبقك غيرك ويكره التعريض بالجماع لقوله تعالى ولكن لا تواعدوهن سرا وفسر الشافعى رحمه الله السر بالجماع فسماه سرا لأنه يفعل سرا وأنشد فيه قول امرئ القيس

ألا زعمت بسباسة اليوم أننى * كبرت وأن لا يحسن السر أمثالى

ولان ذكر الجماع دناءة وسخف

﴿فصل﴾ ومن خطب امرأة فصرح له بالاجابة حرم على غيره خطبتها الا أن يأذن فيه الاول لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب الاول أو يأذن له فيخطب وان لم يصرح له بالاجابة ولم يعرض له لم يحرم على غيره لما روى أن فاطمة بنت قيس قالت لرسول الله ﷺ ان معاوية وأبا الجهم خطبانى فقال

(قوله فأردت أن أحتسب نفسى ومالى) أى أطلب به أجرا عند الله. والاسم الحسبة بالكسر وهو الاجر والجمع الحسب (قوله ثم أبنى بها) أى أطؤها. وأصله أن من تزوج بنى بيتا فى العادة فكنى عن الوطء بالبناء. ويقال بنى الرجل بامرأته اذا وطئها (قوله التعريض بخطبة المعتدة) هو ضد التصريح وهو التورية بالشىء. يقال عرضت بفلان ولفلان اذا قلت قولا وأنت تعنيه. وأصله من عرض الشىء وهو جانبه يقال اضرب به عرض الحائط كأنه يحوم حوله ولا يظهره (قوله دناءة وسخف) الدناءة فعل الشىء الدنىء وهو الخسيس الذى يلام على فعله يقال دنأ الرجل يدنأ دناءة أى تسفل فى فعله. والسخف رقة العقل. وقد سخف الرجل بالضم سخافة فهو سخيف

رسول الله ﷺ أما أبو الجهم فلا يضع العصا عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له فانكحي أسامة وان عرض له بالاجابة ففيه قولان قال في القديم تحرم خطبتها لحديث ابن عمر رضي الله عنه ولان فيه افساد لما تقارب بينهما وقال في الجديد لا تحرم لانه لم يصرح له بالاجابة فأشبه اذا سكت عنه فان خطب على خطبة أخيه في الموضع الذي لا يجوز فتزوجها صح النكاح لان المحرم سبق العقد فلم يفسد به العقد وبالله التوفيق

﴿ باب الخيار في النكاح والرد بالعيب ﴾

اذا وجد الرجل امرأته مجنونة أو مجذومة أو برصاء أو رتقاء وهي التي انسد فرجها أو قرناء وهي التي في فرجها لحم يمنع الجماع ثبت له الخيار وان وجدت المرأة زوجها مجنونا أو مجذوما أو أبرص أو مجبوبا أو عنينا ثبت لها الخيار لما روى زيد بن كعب بن عجرة قال تزوج رسول الله ﷺ امرأة من بني غفار فرأى بكشحها بياضا فقال لها النبي ﷺ البسي ثيابك والحقي بأهلك فثبت الرد بالبرص بالخبر وثبت في سائر ما ذكرناه بالقياس على البرص لانها في معناه في منع الاستمتاع وان وجد أحدهما الآخر وله فرج الرجال وفرج النساء ففيه قولان أحدهما يثبت له الخيار لأن النفس تعاف عن مباشرته فهو كالأبرص والثاني لا خيار له لانه يمكنه الاستمتاع به وان وجدت المرأة زوجها خصيا ففيه قولان أحدهما لها الخيار لان النفس تعافه والثاني لا خيار لها لانها تقدر على الاستمتاع به وان وجد أحدهما بالآخر عيبا وبه مثله بأن وجده أبرص وهو أبرص ففيه وجهان أحدهما له الخيار لان النفس تعاف من عيب غيرها وان كان بها مثله والثاني لا خيار له لانهما متساويان في النقص فلم يثبت لهما الخيار كما لو تزوج عبد بأمة وان حدث بعد العقد عيب يثبت به الخيار فان كان بالزوج ثبت لها الخيار لان ما ثبت به الخيار اذا كان موجودا حال العقد ثبت به الخيار اذا حدث بعد العقد كالاعسار بالمهر والنفقة وان كان بالزوجة ففيه قولان أحدهما يثبت به الخيار وهو قوله في الجديد وهو الصحيح لان ما ثبت به الخيار في ابتداء العقد ثبت به الخيار اذا حدث بعده كالعيب في الزوج والثاني وهو قوله في القديم انه لا خيار له لأنه يملك أن يطلقها

﴿فصل﴾ والخيار في هذه العيوب على الفور لانه خيار ثبت بالعيب فكان على الفور كخيار العيب في البيع ولا يجوز الفسخ الا عند الحاكم لانه مختلف فيه

﴿فصل﴾ وان فسخ قبل الدخول سقط المهر لانه ان كانت المرأة فسخت كانت الفرقة من جهتها فسقط مهرها وان كان الرجل هو الذي فسخ الا أنه فسخ لمعنى من جهة المرأة وهو التدليس بالعيب فصار كأنها اختارت الفسخ وان كان الفسخ بعد الدخول سقط المسمى ووجب مهر المثل لانه يستند الفسخ الى سبب قبل العقد فيصير الوطء كالحاصل في نكاح فاسد فوجب مهر المثل وهل يرجع به على من غره فيه قولان قال في القديم يرجع لانه غره حتى دخل في العقد وقال في الجديد لا يرجع لانه حصل له في مقابلته الوطء فان قلنا يرجع فان كان الرجوع على الولي رجع بجميعه وان كان على المرأة ففيه وجهان أحدهما يرجع بجميعه كالولي والثاني يبقى منه شيئا حتى لا يعرى الوطء عن بدل وان طلقها قبل الدخول ثم علم انه كان بها عيب لم يرجع بالنصف لانه رضي بازالة الملك والتزام نصف المهر فلم يرجع به

﴿فصل﴾ ولا يجوز لولي المرأة الحرة ولا لسيد الأمة ولا لولي الطفل تزويج المولى عليه ممن به هذه العيوب لان في ذلك اضرارا بالمولى عليه فان خالف وزوج فعلى ما ذكرناه فيمن زوج المرأة من غير كفء وان دعت المرأة الولي أن يزوجها بمجنون لم يلزمه

(قوله لا يضع العصا عن عاتقه) العاتق موضع الرداء من المنكب يذكر ويؤنث ومعناه ان غالب أحواله حمل العصا فانه قد ينام فيضعها ويصلي فيضعها (قوله فصعلوك لا مال له) قد ذكر الصعلوك وأنه الفقير (قوله رتقاء) مفسر في الكتاب وأصل الرتق الفتق. وارتتق أي التأم ومنه قوله كانتا رتقا ففتقناهما. والرتق بالتحريك مصدر قولك امرأة رتقاء بينة الرتق لا يستطاع جماعها الارتتاق ذلك منها. والقرن بسكون الراء العفلة الصغيرة في الفرج. وفي الحديث اختصم شريح في جارية بها قرن فقال أقعدوها فان أصاب الأرض فهو عيب وان لم يصب الارض فليس بعيب. والعفل والعفلة بالتحريك فيهما شيء يخرج من قبل النساء وحيا الناقة شبيه بالادرة التي للرجال. والمرأة عفلاء (قوله فرأى بكشحها بياضا) الكشح الجنب وهو ما بين الخاصرة الى الضلع الخلف (قوله لان النفس تعاف) أي تكره. عاف الطعام والشراب يعافه اذا كرهه فلم يشربه

تزويجها لان عليه فى ذلك عارا وان دعت الى نكاح مجبوب أو عنين لم يكن له أن يمتنع لانه لاضرر عليه فى ذلك وان دعت الى نكاح مجنوم أو أبرص ففيه وجهان أحدهما له أن يمتنع لان عليه فى ذلك عارا والثانى ليس له أن يمتنع لان الضرر عليها دونه

﴿فصل﴾ وان حدث العيب بالزوج ورضيت به المرأة لم يجبرها الولى على الفسخ لان حق الولى فى ابتداء العقد دون الاستدامة ولهذا لو دعت المرأة الى نكاح عبد كان للولى أن يمتنع ولو أعتقت تحت عبد فاختارت المقام معه لم يكن للولى اجبارها على الفسخ

﴿فصل﴾ اذا ادعت المرأة على الزوج أنه عنين وأنكر الزوج فالقول قوله مع يمينه فان نكل ردت اليمين على المرأة وقال أبو سعيد الاصطخرى يقضى عليه بنكوله ولا تحلف المرأة لانه أمر لا تعلمه والمذهب الاول لانه حق نكل فيه المدعى عليه عن اليمين فردت على المدعى كسائر الحقوق وقوله انها لا تعلمه يبطل باليمين فى كناية الطلاق وكناية القذف فاذا حلفت المرأة أو اعترف الزوج أجله الحاكم سنة لما روى سعيد بن المسيب أن عمر رضى الله عنه قضى فى العنين أن يؤجل سنة وعن على عليه السلام وعبد الله والمغيرة بن شعبة رضى الله عنهم نحوه ولان العجز عن الوطء قد يكون بالتعنين وقد يكون لعارض من حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة فاذا مضت عليه الفصول الأربعة واختلفت عليه الأهوية ولم يزل دل على أنه خلقة ولا تثبت المدة الا بالحاكم لانه مختلف فيها بخلاف مدة الايلاء فان جامعها فى الفرج سقطت المدة وأدناه أن يغيب الحشفة فى الفرج لان أحكام الوطء تتعلق به ولا تتعلق بما دونه فان كان بعض الذكر مقطوعا لم يخرج من التعنين الا بتغييب جميع ما بقى ومن أصحابنا من قال اذا غيب من الباقى بقدر الحشفة خرج من حكم التعنين لان الباقى قائم مقام الذكر والمذهب الاول لانه اذا كان الذكر سليما فهناك حد يمكن اعتباره وهو الحشفة واذا كان مقطوعا فليس هناك حد يمكن اعتباره فاعتبر الجميع وان وطئها فى الدبر لم يخرج من حكم التعنين لانه ليس بمحل للوطء ولهذا لا يحصل به الاحلال للزوج الاول وان وطئ فى الفرج وهى حائض سقطت المدة لانه محل للوطء وان ادعى أنه وطئها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه لا يمكن اثباته بالبينة وان كانت بكرا فالقول قولها لان الظاهر أنه لم يطأها فان قال الزوج وطئت ولكن عادت البكارة حلفت لجواز أن يكون قد ذهبت البكارة ثم عادت

﴿فصل﴾ وان اختارت المقام معه قبل انقضاء الأجل ففيه وجهان أحدهما يسقط خيارها لانها رضيت بالعيب مع العلم والثانى لا يسقط خيارها لانه اسقاط حق قبل ثبوته فلم يصح كالعفو عن الشفعة قبل البيع وان اختارت المقام بعد انقضاء الأجل سقط حقها لانه اسقاط حق بعد ثبوته وان أرادت بعد ذلك أن ترجع وتطالب بالفسخ لم يكن لها لانه خيار ثبت بعيب وقد أسقطته فلم يجز أن ترجع فيه فان لم يجامعها حتى انقضى الأجل وطالبت بالفرقة فرق الحاكم بينهما لانه مختلف فيه وتكون الفرقة فسخا لانه فرقة لا تقف على ايقاع الزوج ولا من ينوب عنه فكانت فسخا كفرقة الرضاع وان تزوج امرأة ووطئها ثم عن منها لم تضرب المدة لان القدرة يقين فلا تترك بالاجتهاد

﴿فصل﴾ وان وجدت المرأة زوجها مجبوبا ثبت لها الخيار فى الحال لان عجزه متحقق فان كان بعضه مجبوبا وبقى ما يمكن الجماع به فقالت المرأة لا يتمكن من الجماع به وقال الزوج أتمكن ففيه وجهان أحدهما ان القول قوله لان له ما يمكن الجماع بمثله فقبل قوله كما لو اختلفا وله ذكر قصير والثانى وهو قول أبى اسحق ان القول قول المرأة لأن الظاهر معها فان الذكر اذا قطع بعضه ضعف وان اختلفا فى القدر الباقى هل يمكن الجماع به فالقول قول المرأة لأن الأصل عدم الامكان

(قوله عنين) هو الذى لا يشتهى النساء. يقال رجل عنين بين العنة وامرأة عنينة لا تشتهى الرجال وهو فعيل بمعنى مفعول مثل جريح. والاسم منه العنة وعن الرجل من امرأته اذا حكم عليه القاضى بذلك أو منع عنها بالسحر. مشتق من عن الشىء اذا اعترض كأنه يعترض عن يمين الفرج ويساره ولا يصيبه. وقيل مشتق من العنان شبه به فى لينه ورخاوته. والمجبوب هو المقطوع الذكر والأنثيين والجب القطع ومنه الاسلام يجب ما قبله. والخصى مقطوع البيضتين مع بقاء الذكر. والمسلول منزوع البيضتين من سل الشىء اذا استخرجه برفق (قوله الفصول الأربعة) هى الشتاء والربيع والصيف والخريف. سميت بذلك لانفصال كل واحد منها عن صاحبه. والفصل القطع من المفصل. فصلت الشىء اذا قطعته فانقطع (قوله الأهوية) جمع هواء وهو الحر والبرد والاعتدال. والحشفة ما فوق الختان

﴿فصل﴾ اذا تزوجت امرأة رجلا على أنه على صفة فخرج بخلافها أو على نسب فخرج بخلافه ففيه وجهان أحدهما أن العقد باطل لان الصفة مقصودة كالعين ثم اختلاف العين يبطل العقد فكذلك اختلاف الصفة ولانها لم ترض بنكاح هذا الزوج فلم يصح كما لو أذنت فى نكاح رجل على صفة فزوجت ممن هو على غير تلك الصفة والقول الثانى أنه يصح العقد وهو الصحيح لان ما لا يفتقر العقد الى ذكره اذا ذكره وخرج بخلافه لم يبطل العقد كالمهر فعلى هذا ان خرج أعلى من المشروط لم يثبت الخيار لان الخيار يثبت للنقصان لا للزيادة فان خرج دونها فان كان عليها فى ذلك نقص بأن شرط أنه حر فخرج عبدا أو أنه جميل فخرج قبيحا أو أنه عربى فخرج عجميا ثبت لها الخيار لانه نقص لم ترض به وان لم يكن عليها نقص بأن شرطت أنه عربى فخرج عجميا وهى عجمية ففيه وجهان أحدهما لها الخيار لانها ما رضيت أن يكون مثلها والثانى لا خيار لها لانها لا نقص عليها فى حق ولا كفاءة

﴿فصل﴾ وان كان الغرر من جهة المرأة نظرت فان تزوجها على أنها حرة فكانت أمة وهو ممن يحل له نكاح الأمة ففى صحة النكاح قولان فان قلنا انه باطل فوطئها لزمه مهر المثل وهل يرجع به على الغار" فيه قولان أحدهما لا يرجع لانه حصل له فى مقابلته الوطء والثانى يرجع لان الغار" ألجأه اليه فان كان الذى غره غير الزوجة رجع عليه وان كانت هى الزوجة رجع عليها اذا اعتقت وان كان وكيل السيد رجع عليه فى الحال وان أحبلها فضمن قيمة الولد رجع بها على من غره وان قلنا انه صحيح فهل يثبت له الخيار فيه قولان أحدهما لا خيار له لانه يمكنه أن يطلق والثانى له الخيار وهو الصحيح لان ما ثبت به الخيار للمرأة ثبت به الخيار للرجل كالجنون وقال أبو اسحق ان كان الزوج عبدا فلا خيار له قولا واحدا لانه مثلها والصحيح أنه لا فرق بين أن يكون حرا أو عبدا لان عليه ضرر المرض به وهو استرقاق ولده منها وعدم الاستمتاع بها فى النهار فان فسخ فالحكم فيها كالحكم فيه اذا قلنا انه باطل وان قلنا لا خيار له أوله الخيار ولم يفسخ فهو كالنكاح الصحيح فان وطئها قبل العلم بالرق فالولد حر لانه لم يرض برقه وان وطئها بعد العلم بالرق فالولد مملوك لانه رضى برقه وان غرته بصفة غير الرق أو بنسب ففى صحة النكاح القولان فان قلنا انه باطل ودخل بها وجب مهر المثل وهل يرجع به على من غره على القولين فان قلنا يرجع فان كان الغرور من غيرها رجع بالجميع وان كان منها ففيه وجهان أحدهما يرجع بالجميع كما يرجع على غيرها والثانى يبقى منه شيئا حتى لا يعرى الوطء عن بدل وان قلنا انه صحيح فان كان الغرور بنسب فخرجت أعلى منه لم يثبت الخيار وان خرجت دونه ولكنه مثل نسبه أو أعلى منه لم يثبت الخيار وان كان دون نسبه ففيه وجهان أحدهما له الخيار لانه لم يرض أن تكون دونه والثانى لا خيار له لانه لا نقص على الزوج بأن تكون المرأة دونه فى الكفاءة فان قلنا ان له الخيار فاختار الفسخ فالحكم فيه كالحكم فيه اذا قلنا انه باطل وان اختار المقام فهو كما قلنا انه صحيح وقد بيناه

﴿فصل﴾ وان تزوج امرأة من غير شرط يظنها حرة فوجدها أمة فالنكاح صحيح والمنصوص انه لا خيار له وقال فيمن تزوج حرة يظنها مسلمة فخرجت كتابية ان له الخيار فمن أصحابنا من نقل جوابه فى كل واحدة من المسئلتين الى الاخرى وجعلهما على قولين أحدهما له الخيار لان الحرة الكتابية أحسن حالا من الامة لان الولد منها حر والاستمتاع بها تام فاذا جعل له الخيار فيها كان فى الامة والولد منها رقيق والاستمتاع بها ناقص أولى والقول الثانى لا خيار له لان العقد وقع مطلقا فهو كما لو ابتاع شيئا يظنه على صفة فخرج بخلافها فانه لا يثبت له الخيار فكذلك ههنا واذا لم يجعل له الخيار فى الامة ففى الكتابية أولى ومنهم من حملهما على ظاهر النص فقال له الخيار فى الكتابية ولا خيار له فى الامة لان فى الكتابية ليس من جهة الزوج تفريط لان الظاهر ممن لا غيار عليه انه ولى مسلمة وانما التفريط من جهة الولى فى ترك الغيار وفى الامة التفريط من جهة الزوج فى ترك السؤال

﴿فصل﴾ اذا أعتقت الامة وزوجها حر لم يثبت لها الخيار لما روت عائشة رضى الله عنها قالت أعتقت بريرة فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى زوجها وكان عبدا فاختارت نفسها ولو كان حرا ما خيرها رسول الله ﷺ ولانه لا ضرر عليها فى كونها

(قوله فخرج عجميا) الفرق بين العجمى والأعجمى والعربى والاعرابى أن العجمى هو الذى أبوه وأمه عجميان والأعجمى الذى ولد ببلاد العجم وان لم يكن منهم. والعربى الذى ينسب الى العرب ، والاعرابى الذى يسكن البادية من العرب

حرة تحت حر ولهذا لا يثبت به الخيار في ابتداء النكاح فلا يثبت به الخيار في استدامته وان اعتقت تحت عبد ثبت لها الخيار لحديث عائشة رضي الله عنها ولأن عليها عارا وضررا في كونها تحت عبد ولهذا لو كان ذلك في ابتداء النكاح ثبت لها الخيار فثبت به الخيار في استدامته ولها أن تفسخ بنفسها لانه خيار ثابت بالنص فلم يفتقر الى الحاكم وفي وقت الخيار قولان أحدهما انه على الفور لانه خيار لنقص فكان على الفور كخيار العيب في البيع والثاني أنه على التراخي لانا لو جعلناه على الفور لم نأمن ان تختار المقام أو الفسخ ثم تندم فعلى هذا في وقته قولان أحدهما يتقدر بثلاثة أيام لانه جعل حدا لمعرفة الحظ في الخيار في البيع والثاني ان لها الخيار الى ان تمكنه من وطئها لانه روى ذلك عن ابن عمر وحفصة بنت عمر رضي الله عنهما وهو قول الفقهاء السبعة سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وخارجة ابن زيد بن ثابت وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود وسليمان بن يسار رضي الله عنهم فان أعتقت ولم تختر الفسخ حتى وطئها ثم ادعت الجهل بالعتق فان كان في موضع يجوز أن يخفى عليها العتق فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر انها لم تعلم وان كان في موضع لا يجوز أن يخفى عليها لم يقبل قولها لان ما تدعيه خلاف الظاهر وان علمت بالعتق ولكن ادعت أنها لم تعلم بأن لها الخيار ففيه قولان أحدهما لا خيار لها كما لو اشترى سلعة فيها عيب وادعى أنه لم يعلم أن له الخيار والثاني أن لها الخيار لأن الخيار بالعتق لا يعرفه غير أهل العلم وان أعتقت وهي صغيرة ثبت لها الخيار اذا بلغت وان كانت مجنونة ثبت لها الخيار اذا عقلت وليس للولي ان يختار لان هذه طريقة الشهوة فلا ينوب عنها الولي كالطلاق وان أعتقت فلم تختر حتى عتق الزوج ففيه قولان أحدهما لا يسقط خيارها لانه حق ثبت في حال الرق فلم يتغير بالعتق كما لو وجب عليه حد ثم أعتق والثاني يسقط لان الخيار ثبت للنقص وقد زال فان أعتقت وهي في العدة من طلاق رجعي فلها أن تترك الفسخ لانتظار البينونة بانقضاء العدة ولها ان تفسخ لانها اذا لم تفسخ ربما راجعها اذا قارب انقضاء العدة فاذا فسخت احتاجت أن تستأنف العدة وان اختارت المقام في العدة لم يسقط خيارها لانها جارية الى بينونة فلا يصح منها اختيار المقام مع ما ينافيه وان أعتقت تحت عبد فطلقها قبل ان تختار الفسخ ففيه قولان أحدهما أن الطلاق ينفذ لأنه صادف الملك والثاني لا ينفذ لأنه يسقط حقها من الفسخ فعلى هذا ان فسخت لم يقع الطلاق وان لم تفسخ حكمنا بوقوع الطلاق من حين طلق

﴿ فصل ﴾ وان أعتقت وفسخت النكاح فان كان قبل الدخول سقط المهر لأن الفرقة من جهتها وان كان بعد الدخول نظرت فان كان العتق بعد الدخول استقر المسمى وان كان قبله ودخل بها ولم تعلم بالعتق سقط المسمى ووجب مهر المثل لأن العتق وجد قبل الدخول فصار كما لو وجد الفسخ قبل الدخول ويجب المهر للمولى لأنه وجب بالعقد في ملكه وان كانت مفوضة فأعتقت فاختارت الزوج وفرض لها المهر بعد العتق ففي المهر قولان ان قلنا يجب بالعقد كان للمولى لأنه وجب قبل العتق وان قلنا يجب بالفرض كان لها لأنه وجب بعد العتق

﴿ فصل ﴾ وان تزوج عبد مشرك حرة مشركة ثم أسلما ففيه وجهان أحدهما لا خيار لها لانها دخلت في العقد مع العلم برقه والثاني وهو ظاهر النص أن لها ان تفسخ النكاح لأن الرق ليس بنقص في الكفر وانما هو نقص في الاسلام فيصير كنقص حدث بالزوج فيثبت لها الخيار وان تزوج العبد المشرك أمة فدخل بها ثم أسلمت وتخلف العبد فأعتقت الامة ثبت لها الخيار لأنها عتقت تحت عبد وان أسلم العبد وتخلفت المرأة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي الطيب بن سلمة انه لا يثبت لها الخيار وهو ظاهر ما نقله المزني والفرق بينها و بين ما قبلها أن هناك الامر موقوف على اسلام الزوج فاذا لم تفسخ لم تأمن أن لا يسلم حتى يقارب انقضاء العدة ثم يسلم فتفسخ النكاح فتطول العدة وههنا الامر موقوف على اسلامها فأي وقت شاءت أسلمت وثبت النكاح فلم يثبت لها الفسخ والثاني وهو قول أبي اسحق انه يثبت لها الخيار كالمسألة قبلها وأنكر ما نقله المزني

﴿ فصل ﴾ اذا ملك مائة دينار وأمة قيمتها مائة دينار وزوجها من عبد بمائة ووصى بعتقها فأعتقت قبل الدخول لم يثبت لها الخيار لأنها اذا فسخت سقط مهرها واذا سقط المهر عجز الثلث عن عتقها فسقط خيارها فيؤدي اثبات الخيار الى اسقاطه فسقط

﴿ فصل ﴾ وان أعتق عبد وتحته أمة ففيه وجهان أحدهما يثبت له الخيار كما يثبت للأمة اذا كان زوجها عبدا والثانى لا يثبت لان رقها لا يثبت به الخيار فى ابتداء النكاح فلا يثبت به الخيار فى استدامته

﴿ باب نكاح المشرك ﴾

اذا أسلم الزوجان المشركان على صفة لو لم يكن بينهما نكاح جاز لهما عقد النكاح أقرا على النكاح وان عقد بغير ولى ولا شهود لانه أسلم خلق كثير فأقرهم رسول الله ﷺ على أنكحتهم ولم يسألهم عن شروطه وان أسلما والمرأة ممن لا تحل له كالام والاخت لم يقرا على النكاح لانه لا يجوز أن يبتدئ نكاحها فلا يجوز الاقرار على نكاحها وان أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو أسلمت المرأة والزوج يهودي أو نصراني فان كان قبل الدخول تعجلت الفرقة وان كان بعد الدخول وقفت الفرقة على انقضاء العدة فان أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح وان لم يسلم حتى انقضت العدة حكم بالفرقة وقال أبو ثور ان أسلم الزوج قبل الزوجة وقعت الفرقة وهذا خطأ لما روى عبد الله بن شبرمة أن الناس كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته وان أسلم بعد انقضاء العدة فلا نكاح بينهما والفرقة الواقعة باختلاف الدين فسخ لانها فرقة عريت عن لفظ الطلاق ونيته فكانت فسخا كسائر الفسوخ

﴿ فصل ﴾ وان أسلم الحر وتحته أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه لزمه أن يختار أربعا منهن لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان غيلان أسلم وتحته عشر نسوة فأمره النبي ﷺ أن يختار منهن أربعا ولان ما زاد على أربع لا يجوز اقرار المسلم عليه فان امتنع أجبر عليه بالحبس والتعزير لانه حق توجه عليه لا تدخله النيابة فأجبر عليه فان أغمي عليه في الحبس خلى الى ان يفيق لانه خرج عن أن يكون من أهل الاختيار فخلى كما يخلى من عليه دين اذا أعسر به فان أفاق أعيد الى الحبس والتعزير الى أن يختار ويؤخذ بنفقة جميعهن الى أن يختار لانهن محبوسات عليه بحكم النكاح والاختيار أن يقول اخترت نكاح هؤلاء الاربع فينفسخ نكاح البواقي أو يقول اخترت فراق هؤلاء فيثبت نكاح البواقي وان طلق واحدة منهن كان ذلك اختيارا لنكاحها لان الطلاق لا يكون الا في زوجة وان ظاهر منها أو آلى لم يكن ذلك اختيارا الا انه قد يخاطب به غير الزوج وان وطئ واحدة ففيه وجهان أحدهما أنه اختيار لأن الوطء لا يجوز الا في ملك فدل على الاختيار كوطء البائع الجارية المبيعة بشرط الخيار والثانى وهو الصحيح انه ليس باختيار لانه اختيار للنكاح فلم يجز بالوطء كالرجعة وان قال كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت نكاحها لم يصح لان الاختيار كالنكاح فلم يجز تعليقه على الصفة ولا في غير معين وان قال كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها لم يصح لان الفسخ لا يجوز تعليقه على الصفة ولان الفسخ انما يستحق فيما زاد على أربع وقد يجوز ان لا يسلم أكثر من أربع فلا يستحق فيها الفسخ وان قال كلما أسلمت واحدة فهي طالق ففيه وجهان أحدهما يصح وهو ظاهر النص لانه قال وان قال كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها لم يكن شيئا الا أن يريد به الطلاق فدل على انه اذا أراد الطلاق صح ووجهه أن الطلاق يصح تعليقه على الصفات والثانى وهو قول أبي على ابن أبي هريرة انه لا يصح لان الطلاق ههنا يتضمن اختيار الزوجية والاختيار لا يجوز تعليقه على الصفة وحمل قول الشافعي رحمه الله على من أسلم وله أربع نسوة في الشرك وأراد بهذا القول الطلاق فانه يصح لانه طلاق لا يتضمن اختيارا فجاز تعليقه على الصفة وان أسلم ثم ارتد لم يصح اختياره لان الاختيار كالنكاح فلم يصح مع الردة وان أسلم وأحرم فالمنصوص انه يصح اختياره فمن أصحابنا من جعلها على قولين أحدهما لا يصح كما لا يصح نكاحه والثانى يصح كما تصح رجعته ومنهم من قال ان أسلم ثم أحرم ثم أسلمن لم يجز ان يختار قولا واحدا لانه لا يجوز ان يبتدئ النكاح وهو محرم فلا يجوز أن يختار وحمل النص عليه واذا أسلم ثم أسلمن ثم أحرم فان له الخيار لان الاحرام طرأ بعد ثبوت الخيار

﴿ فصل ﴾ وان مات قبل ان يختار لم يقم وارثه مقامه لان الاختيار يتعلق بالشهوة فلا يقوم فيه غيره مقامه وتجب على جميعهن العدة لان كل واحدة منهن يجوز أن تكون من الزوجات فمن كانت حاملا اعتدت بوضع الحمل ومن كانت من ذوات الشهر اعتدت

بأربعة أشهر وعشر ومن كانت من ذوات الاقراء اعتدت بالاقصى من الاجلين من ثلاثة اقراء أو أربعة أشهر وعشر ليسقط الفرض بيقين ويوقف ميراث أربع نسوة الى ان يصطلحن لانا نعلم ان فيهن أربع زوجات وان كان عددهن ثمانية فجاء أربع يطلبن الميراث لم يدفع اليهن شيء لجواز أن تكون الزوجات غيرهن وان جاء خمس دفع اليهن ربع الموقوف لان فيهن زوجة بيقين ولا يدفع اليهن الا بشرط انه لم يبق لهن حق ليمكن صرف الباقي الى باقي الورثة وان جاء ست دفع اليهن نصف الموقوف لان فيهن زوجتين بيقين وعلى هذا القياس وان كان فيهن أربع كتابيات ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي القاسم الداركي انه لا يوقف شيء لانه لا يوقف الا ما يتحقق استحقاقه ويجهل مستحقه وههنا لا يتحقق الاستحقاق لجواز أن تكون الزوجات الكتابيات فلا يرثن والثاني يوقف لانه لا يجوز ان يدفع الى باقي الورثة الا ما يتحقق أنهم يستحقونه ويجوز أن يكون المسلمات زوجاته فلا يكون الجميع لباقي الورثة

﴿ فصل ﴾ وان أسلم وتحته أختان أو امرأة وعمتها أو امرأة وخالتها وأسلمتا معه لزمه ان يختار احداهما لما روى ان ابن الديلمي أسلم وتحته أختان فقال له النبي ﷺ اختر أيتهما شئت وفارق الاخرى وان أسلم وعنده أم وبنت وأسلمتا معه لم يخل اما ان لا يكون قد دخل بواحدة منهما أو دخل بهما أو دخل بالام دون البنت أو بالبنت دون الأم فان لم يكن دخل بواحدة منهما ففيه قولان أحدهما يمسك البنت وتحرم الأم وهو اختيار المزني لأن النكاح في الشرك كالنكاح الصحيح بدليل أنه يقر عليه والأم تحرم بالعقد على البنت وقد وجد العقد والبنت لا تحرم الا بالدخول بالأم ولم يوجد الدخول والقول الثاني وهو الصحيح أنه يختار من شاء منهما لأن عقد الشرك انما تثبت له الصحة اذا انضم اليه الاختيار فاذا لم ينضم اليه الاختيار فهو كالمعدوم ولهذا لو أسلم وعنده اختان واختار احداهما جعل كأنه عقد عليها ولم يعقد على الأخرى فاذا اختار الأم صار كأنه عقد عليها ولم يعقد على البنت واذا اختار البنت صار كأنه عقد عليها ولم يعقد على الأم فعلى هذا اذا اختار البنت حرمت الأم على التأبيد لأنها أم امرأته وان اختار الأم حرمت البنت تحريم جمع لأنها بنت امرأة لم يدخل بها وان دخل بهما حرمت البنت بدخوله بالأم وأما الأم فان قلنا انها تحرم بالعقد على البنت حرمت لعلتين بالعقد على البنت وبالدخول بها وان قلنا انها لا تحرم بالعقد حرمت بعلة وهي الدخول وان دخل بالأم دون البنت فان قلنا ان الأم تحرم بالعقد على البنت حرمت الأم بالعقد على البنت وحرمت البنت بالدخول بالأم وان قلنا ان الام لا تحرم بالعقد على البنت حرمت البنت بالدخول بالام وثبت نكاح الأم وان دخل بالبنت دون الأم ثبت نكاح البنت وانفسخ نكاح الأم وحرمت في أحد القولين بالعقد وبالدخول وفي القول الآخر بالدخول

﴿ فصل ﴾ وان أسلم وتحته أربع اماء فأسلمن معه فان كان ممن يحل له نكاح الامة اختار واحدة منهن لأنه يجوز ان يبتدئ نكاحها فجاز له اختيارها كالحرة وان كان ممن لا يحل له نكاح الامة لم يجز ان يمسك واحدة منهن وقال أبو ثور يجوز لانه ليس بابتداء النكاح فلا يعتبر فيه عدم الطول وخوف العنت كالرجعة وهذا خطأ لانه لا يجوز له ابتداء نكاحها فلا يجوز له اختيارها كالأم والاخت ويخالف الرجعة لان الرجعة سد ثلمة في النكاح والاختيار اثبات النكاح في المرأة فصار كابتداء العقد وان أسلم وتحته اماء وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر ثم أسلمن فله أن يختار واحدة منهن لان وقت الاختيار عند اجتماع اسلامه واسلامهن وهو في هذا الحال ممن يجوز له نكاح الامة فكان له اختيارها وان أسلم بعضهن وهو موسر وأسلم بعضهن وهو معسر فله أن يختار من اجتمع اسلامه واسلامها وهو معسر ولا يختار من اجتمع اسلامه واسلامها وهو موسر اعتبارا بوقت الاختيار

﴿ فصل ﴾ وان أسلم وعنده أربع اماء فأسلمت منهن واحدة وهو ممن يجوز له نكاح الاماء فله أن يختار المسلمة وله أن ينتظر اسلام البواقي ليختار من شاء منهن فان اختار فسخ نكاح المسلمة لم يكن له ذلك لان الفسخ انما يكون فيمن فضل عمن يلزمه نكاحها وليس ههنا فضل فان خالف وفسخ ولم يسلم البواقي لزم نكاح المسلمة وبطل الفسخ وان أسلمن فله أن يختار واحدة

(قوله اعتدت بأقصى الاجلين) أي أبعدهما. والقصا البعد. وقوله حرمت على التأبيد قد ذكرنا ان الابد الدهر وهو تفعيل منه. تأبد الشيء اذا بقي على مر الابد أي الدهر (قوله سد ثلمة) الثلمة الخلل في الحائط وغيره وقد ثلمته أثلمه بالكسر. يقال في السيف ثلم وفي الاناء ثلم اذا انكسر من شفته شيء. ومنه حديث ابراهيم انه يكره الشرب من ثلمة الاناء ومن عروتها يقال انها كفل الشيطان أي مركبه

فان اختار نكاح المسلمة التي اختار فسخ نكاحها ففيه وجهان أحدهما ليس له ذلك لانا منعنا الفسخ فيها لانها لم تكن فاضلة عمن يلزم فيها النكاح و باسلام غيرها صارت فاضلة عمن يلزم نكاحها فثبت فيها الفسخ والثاني وهو المذهب أن له أن يختار نكاحها لان اختيار الفسخ كان قبل وقته فكان وجوده كعدمه كما لو اختار نكاح مشركة قبل اسلامها

﴿ فصل ﴾ وان أسلم وعنده حرة وأمة وأسلمتا معه ثبت نكاح الحرة و بطل نكاح الامة لانه لا يجوز أن يبتدئ نكاح الامة مع وجود حرة فلا يجوز أن يختارها فان أسلم وأسلمت الامة معه وتخلفت الحرة فان أسلمت قبل انقضاء العدة ثبت نكاحها و بطل نكاح الامة كما لو أسلمتا معا وان انقضت العدة ولم تسلم بانت باختلاف الدين فان كان ممن يحل له نكاح الامة فله أن يمسكها

﴿ فصل ﴾ وان أسلم عبد وتحته أربع فأسلمن معه لزمه أن يختار اثنتين فان أعتق بعد اسلامه واسلامهن لم تجز له الزيادة على اثنتين لانه ثبت له الاختيار وهو عبد وان أسلم وأعتق ثم أسلمن أو أسلمن وأعتق ثم أسلم لزم نكاح الاربع لانه جاء وقت الاختيار وهو ممن يجوز له أن ينكح أربع نسوة

﴿ فصل ﴾ وان تزوج امرأة معتدة من غيره وأسلما فان كان قبل انقضاء العدة لم يقرا على النكاح لانه لا يجوز له أن يبتدئ نكاحها فلا يجوز اقراره على نكاحها وان كان بعد انقضاء العدة أقرا عليه لانه يجوز أن يبتدئ نكاحها وان أسلما و بينهما نكاح متعة لم يقرا عليه لانه ان كان بعد انقضاء المدة لم يبق نكاح وان كان قبله لم يعتقدا تأبيده والنكاح عقد مؤبد وان أسلما على نكاح شرط فيه الخيار لهما أو لاحدهما متى شاء لم يقرا عليه لانهما لا يعتقدان لزومه والنكاح عقد لازم وان أسلما على نكاح شرط فيه خيار ثلاثة أيام فان كان قبل انقضاء المدة لم يقرا عليه لانهما لا يعتقدان لزومه وان كان بعد انقضاء المدة أقرا عليه لانهما يعتقدان لزومه وان طلق المشرك امرأته ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج ثم أسلما لم يقرا عليه لانها لا تحل له قبل زوج فلم يقرا عليه كما لو أسلم وعنده ذات رحم محرم وان قهر حربي حربية ثم أسلما فان اعتقدا ذلك نكاحا أقرا عليه لانه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرا عليه كالنكاح بلا ولي ولا شهود وان لم يعتقدا ذلك نكاحا لم يقرا عليه لانه ليس بنكاح

﴿ فصل ﴾ اذا ارتد الزوجان أو أحدهما فان كان قبل الدخول وقعت الفرقة وان كان بعد الدخول وقعت الفرقة على انقضاء العدة فان اجتمعا على الاسلام قبل انقضاء العدة فهما على النكاح وان لم يجتمعا وقعت الفرقة لانه انتقال من دين الى دين يمنع ابتداء النكاح فكان حكمه ما ذكرناه كما لو أسلم أحد الوثنيين

﴿ فصل ﴾ وان انتقل الكتابي الى دين لا يقر أهله عليه لم يقر عليه لانه لو كان على هذا الدين في الاصل لم يقر عليه فكذلك اذا انتقل اليه وما الذي يقبل منه فيه ثلاثة أقوال أحدها يقبل منه الاسلام أو الدين الذي كان عليه أو دين يقر عليه أهله لان كل واحد من ذلك مما يجوز الاقرار عليه والثاني لا يقبل منه الا الاسلام لانه دين حق أو الدين الذي كان عليه لانا أقررناه عليه والثالث لا يقبل منه الا الاسلام وهو الصحيح لانه اعترف ببطلان كل دين سوى دينه ثم بالانتقال عنه اعترف ببطلانه فلم يبق الا الاسلام وان انتقل الكتابي الى دين يقر أهله عليه ففيه قولان أحدهما يقر عليه لانه دين يقر أهله عليه فأقر عليه كالاسلام والثاني لا يقر عليه لقوله عزوجل ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه فعلى هذا فيما يقبل منه قولان أحدهما يقبل منه الاسلام أو الدين الذي كان عليه والثاني لا يقبل منه الا الاسلام لما ذكرناه وكل من انتقل من الكفار الى دين لا يقر عليه فحكمه في بطلان نكاحه حكم المسلم اذا ارتد

﴿ فصل ﴾ وان تزوج كتابي وثنية ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه لا يقر عليه لان كل نكاح لم يقر عليه المسلم لم يقر عليه الذمي كنكاح المرتدة والثاني وهو المذهب أنه يقر عليه لان كل نكاح أقر عليه بعد الاسلام أقر عليه قبله كنكاح الكتابية

﴿ فصل ﴾ اذا أسلم الوثنيان قبل الدخول ثم اختلفا فقالت المرأة أسلم أحدنا قبل صاحبه فانفسخ النكاح وقال الزوج بل أسلمنا

(قوله وتخلفت الحرة) تخلف ضد تقدم وهو من الخلف نقيض القدام (قوله بانت) افترقت وأصله البعد . والبينونة البعد، مصدر على غير القياس

معافالنكاح على حاله ففيه قولان أحدهما أن القول قول الزوج وهو اختيار المزنى لان الاصل بقاء النكاح والثانى أن القول قول المرأة لان الظاهر معها فان اجتماع اسلامهما حتى لايسبق أحدهما الآخر متعذر قال فى الأم اذا أقام الزوج بينة أنهما أسلما حين طلعت الشمس أوحين غربت الشمس لم ينفسخ النكاح لاتفاق اسلامهما فى وقت واحد وهو عند تكامل الطلوع أو الغروب فان أقام البينة أنهما أسلما حال طلوع الشمس أوحال غروبها انفسخ نكاحهما لان حال الطلوع والغروب من حين يبتدئ بالطلوع والغروب الى أن يتكامل وذلك مجهول وان أسلم الوثنيان بعد الدخول واختلفا فقال الزوج أسلمت قبل انقضاء عدتك فالنكاح باق وقالت المرأة بل أسلمت بعد انقضاء عدتى فلا نكاح بيننا فقد نص الشافعى رحمه الله تعالى على أن القول قول الزوج ونص فى مسئلتين على أن القول قول الزوجة احداهما اذا قال الزوج للرجعية راجعتك قبل انقضاء العدة فنحن على النكاح وقالت الزوجة بل راجعتنى بعد انقضاء العدة فالقول قول الزوجة والثانية اذا ارتد الزوج بعد الدخول ثم أسلم فقال أسلمت قبل انقضاء العدة فالنكاح باق وقالت المرأة بل أسلمت بعد انقضاء العدة فالقول قول المرأة فمن أصحابنا من نقل جواب بعضها الى بعض وجعل فى المسائل كلها قولين أحدهما أن القول قول الزوج لان الأصل بقاء النكاح والثانى أن القول قول الزوجة لان الأصل عدم الاسلام والرجعة ومنهم من قال هى على اختلاف حالين فالذى قال ان القول قول الزوج اذا سبق بالدعوى والذى قال القول قول الزوجة اذا سبقت بالدعوى لان قول كل واحد منهما مقبول فيما سبق اليه فلا يجوز ابطاله بقول غيره ومنهم من قال هى على اختلاف حالين على وجه آخر فالذى قال القول قول الزوج أراد اذا اتفقا على صدقه فى زمان ما ادعاه لنفسه بأن قال أسلمت وراجعت فى رمضان فقالت المرأة صدقت لكن انقضت عدتى فى شعبان فالقول قول الزوج باتفاقهما على الاسلام بالرجعة فى رمضان واختلافهما فى انقضاء العدة والذى قال القول قول المرأة اذا اتفقا على صدقها فى زمان ما ادعته لنفسها بأن قالت انقضت عدتى فى شهر رمضان فقال الزوج لكن راجعت أو أسلمت فى شعبان فالقول قول المرأة لاتفاقهما على انقضاء العدة فى رمضان واختلافهما فى الرجعة والاسلام

﴿ كتاب الصداق ﴾

المستحب أن لا يعقد النكاح الا بصداق لما روى سعد بن سهل رضى الله عنه أن امرأة قالت قد وهبت نفسى لك يارسول الله صلى الله عليك فر فى رأيك فقال رجل زوجنيها قال اطلب ولو خاتما من حديد فذهب فلم يجىء بشىء فقال النبى ﷺ هل معك من القرآن شىء فقال نعم فزوجه بما معه من القرآن ولأن ذلك أقطع للخصومة ويجوز من غير صداق لقوله تعالى لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة فأثبت الطلاق مع عدم الفرض وروى عقبة بن عامر رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ لرجل انى أزوجك فلانة قال نعم قال للمرأة أترضين أن أزوجك فلانا قالت نعم فزوج أحدهما من صاحبه فدخل عليها ولم يفرض لها به صداق فلما حضرته الوفاة قال ان رسول الله ﷺ زوجنى فلانة ولم أفرض لها صداقا ولم أعطها شيئا وانى قد أعطيتها عن صداقها سهمى بخيبر فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف ولأن القصد بالنكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير صداق

﴿ فصل ﴾ ويجوز أن يكون الصداق قليلا لقوله ﷺ اطلب ولو خاتما من حديد ولأنه بدل منفعتها فكان تقدير العوض اليها كأجرة منافعها ويجوز أن يكون كبيرا لقوله عز وجل وآتيتم احداهن قنطارا قال معاذ رضى الله عنه القنطار ألف ومائتا أوقية وقال أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه ملء مسك ثور ذهبا والمستحب أن يخفف لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ قال أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة ولأنه اذا كبر أجحف وأضر ودعى الى المقت والمستحب أن لا يزيد على خمسمائة درهم لما روت عائشة رضى الله عنها قالت كان صداق رسول الله ﷺ لأزواجه اثنتى عشرة أوقية ونشا أتدرون ما النش نصف أوقية وذلك خمسمائة درهم والمستحب الاقتداء به والتبرك بمتابعته فان ذكر صداق فى السر وصداق فى العلانية

﴿ ومن كتاب الصداق ﴾

يقال الصداق والصداق بالفتح والكسر ويقال أيضا الصدقة قال الله عز وجل وآتوا النساء صدقاتهن والصدقة مثلة بالضم وتسكين الدال (قوله ملء مسك ثور ذهبا) المسك بفتح الميم الجلد وجمعه مسوك (قوله ودعى الى المقت) المقت أشد البغض مقته مقتا اذا أبغضه. والنش عشرون درهما نصف أوقية كما ذكر وهو عربى لأنهم يسمون الأربعين درهما أوقية ويسمون العشرين نشا

فالواجب ما عقد به العقد لأن الصداق يجب بالعقد فوجب ما عقد به وان قال زوجتك ابنتى بألف وقال الزوج قبلت نكاحها بخمسمائة وجب مهر المثل لأن الزوج لم يقبل بألف والولى لم يوجب بخمسمائة فسقط الجميع ووجب مهر المثل

﴿ فصل ﴾ ويجوز أن يكون الصداق دينا وعينا وحالا ومؤجلا لأنه عقد على المنفعة فجاز بما ذكرناه كالاجارة

﴿ فصل ﴾ ويجوز أن يكون منفعة كالخدمة وتعليم القرآن وغيرهما من المنافع المباحة لقوله عز وجل انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج فجعل الرعى صداقا وزوج النبى ﷺ الواهبة من الذى خطبها بما معه من القرآن ولا يجوز أن يكون محرما كالخمر وتعليم التوراة وتعليم القرآن للذمية لا تتعلمه للرغبة فى الاسلام ولا ما فيه غرر كالمعدوم والمجهول ولا ما لم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض ولا ما لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والطير الطائر لأنه عوض فى عقد فلا يجوز بما ذكرناه كالعوض فى البيع والاجارة فان تزوج على شىء من ذلك لم يبطل النكاح لأن فساده ليس بأكثر من عدمه فاذا صح النكاح مع عدمه صح مع فساده ويجب مهر المثل لأنها لم ترض من غير بدل ولم يسلم لها البدل وتعذر رد المعوض فوجب رد بدله كما لو باع سلعة بمحرم وتلفت فى يد المشترى

﴿ فصل ﴾ فان تزوج كافر بكافرة على محرم كالخمر والخنزير ثم أسلما أو تحاكما الينا قبل الاسلام نظرت فان كان قبل القبض سقط المسمى ووجب مهر المثل لأنه لا يمكن اجباره على تسليم المحرم وان كان بعد القبض برئت ذمته منه كما لو تبايعا بيعا فاسدا وتقابضا وان قبض البعض برئت ذمته من المقبوض ووجب بقدر ما بقى من مهر المثل فان كان الصداق عشرة أزقاق خمر فقبضت منها خمسة ففيه وجهان أحدهما يعتبر بالعدد فيبرأ من النصف ويجب لها نصف مهر المثل لأنه لا قيمة لها فكان الجميع واحدا فيها فسقط نصف الصداق ويجب نصف مهر المثل والثانى يعتبر بالكيل لأنه أحصر وان أصدقها عشرة من الخنازير وقبضت منها خمسة ففيه وجهان أحدهما يعتبر بالعدد فتبرأ من النصف ويجب لها نصف مهر المثل لانه لا قيمة لها فكان الجميع واحدا والثانى يعتبر بما له قيمة وهو الغنم فيقال لو كانت غنما كم كانت قيمة ما قبض منها فيبرأ منه بقدره ويجب بحصة ما بقى من مهر المثل لأنه لما لم تكن له قيمة اعتبر بما له قيمة كما يعتبر الحر بالعبد فيما ليس له ارش مقدر من الجنايات

﴿ فصل ﴾ وان أعتق رجل أمته على أن تتزوج به ويكون عتقها صداقها وقبلت لم يلزمها أن تتزوج به لأنه سلف فى عقد فلم يلزم كما لو قال لامرأة خذى هذا الألف على أن تتزوجى بى وتعتق الامة لأنه أعتقها على شرط باطل فسقط الشرط وثبت العتق كما لو قال لعبده ان ضمنت لى خمرا فأنت حر فضمن ويرجع عليها بقيمتها لانه لم يرض فى عتقها الا بعوض ولم يسلم له وتعذر الرجوع اليها فوجبت قيمتها كما لو باع عبدا بعوض محرم وتلف العبد فى يد المشترى وان تزوجها بعد العتق على قيمتها وهما لا يعلمان قدرها فالمهر فاسد وقال أبو على ابن خيران يصح كما لو تزوجها على عبد لا يعلمان قيمته وهذا خطأ لان المهر هناك هو العبد وهو معلوم والمهر ههنا هو القيمة وهى مجهولة فلم يجز وان أراد حيلة يقع بها العتق وتتزوج به ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على ابن خيران أنه يمكنه ذلك بأن يقول ان كان فى معلوم الله تعالى انى اذا أعتقتك تزوجت بى فأنت حرة فاذا تزوجت به علمنا أنه قد وجد شرط العتق وان لم تتزوج به علمنا أنه لم يوجد شرط العتق والثانى وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يصح ذلك ولا يقع العتق ولا يصح النكاح لأنه حال ما تتزوج به نشك انها حرة أو أمة والنكاح مع الشك لا يصح فاذا لم يصح النكاح لم تعتق لانه لم يوجد شرط العتق وان أعتقت امرأة عبدا على أن يتزوج بها وقبل العبد عتق ولا يلزمه أن يتزوج بها لما ذكرناه فى الأمة ولا يلزمه قيمته لأن النكاح حق للعبد فيصير كما لو أعتقته بشرط أن تعطيه مع العتق شيئا آخر ويخالف الامة فان نكاحها حق للمولى فاذا لم يسلم له رجع عليها بقيمتها وان قال رجل لآخر أعتق عبدك عن نفسك على أن أزوجك ابنتى فأعتقه لم يلزمه التزويج لما ذكرناه وهل تلزمه قيمة العبد فيه وجهان بناء على القولين فيمن قال لغيره أعتق عبدك عن نفسك وعلى ألف فأعتقه أحدهما يلزمه كما لو قال أعتق عبدك عنى على ألف والثانى لا يلزمه لأنه بذل العوض على ما لا منفعة له فيه

و يسمون الخمسة نواة (قوله على أن تأجرنى ثمانى حجج) كان الصداق فى شرع من قبلنا للأولياء

﴿ فصل ﴾ و يثبت فى الصداق خيار الرد بالعيب لأن اطلاق العقد يقتضى السلامة من العيب فثبت فيه خيار الرد كالعوض فى البيع ولا يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار المجلس لأنه أحد عوضى النكاح فلم يثبت فيه خيار الشرط وخيار المجلس كالبضع ولأن خيار الشرط وخيار المجلس جعلا لدفع الغبن والصداق لم يبن على المغابنة فان شرط فيه خيار الشرط فقد قال الشافعى رحمه الله يبطل النكاح فمن أصحابنا من جعله قولا لأنه أحد عوضى النكاح فبطل النكاح بشرط الخيار فيه كالبضع ومنهم من قال لا يبطل وهو الصحيح كما لا يبطل اذا جعل المهر خمرا أو خنزيرا وما قال الشافعى رحمه الله محمول على ما اذا شرط فى المهر والنكاح و يجب مهر المثل لأن شرط الخيار لا يكون الا زيادة جزء أو نقصان جزء فاذا سقط الشرط وجب اسقاط ما فى مقابلته فيصير الباقى مجهولا فوجب مهر المثل وان تزوجها بألف على أن لا يتسرى عليها أو لا يتزوج عليها بطل الصداق لأنه شرط باطل أضيف الى الصداق فأبطله و يجب مهر المثل لما ذكرناه فى شرط الخيار

﴿ فصل ﴾ وتملك المرأة المسمى بالعقد ان كان صحيحا ومهر المثل ان كان فاسدا لأنه عقد يملك المعوض فيه بالعقد فملك العوض فيه بالعقد كالبيع وان كانت المنكوحة صغيرة أو غير رشيدة سلم المهر الى من ينظر فى مالها وان كانت بالغة رشيدة وجب تسليمه اليها ومن أصحابنا من خرج فى البكر البالغة قولا آخر أنه يجوز أن يدفع اليها أو الى أبيها وجدها لانه يجوز اجبارها على النكاح فجاز للولى قبض صداقها بغير اذنها كالصغيرة فان قال الزوج لا أسلم الصداق حتى تسلم نفسها فقالت المرأة لا أسلم نفسى حتى أقبض الصداق ففيه قولان أحدهما لا يجبر واحد منهما بل يقال من سلم منكما أجبرنا الآخر والثانى يؤمر الزوج بتسليم الصداق الى عدل وتؤمر المرأة بتسليم نفسها فاذا سلمت نفسها أمر العدل بدفع الصداق اليها كالقولين فيمن باع سلعة بثمن معين وقد بينا وجه القولين فى البيوع فان قلنا بالقول الأول لم تجب لها النفقة فى حال امتناعها لأنها ممتنعة بغير حق وان قلنا بالقول الثانى وجبت لها النفقة لانها ممتنعة بحق وان تبرعت وسلمت نفسها ووطئها الزوج أجبر على دفع الصداق وسقط حقها من الامتناع لأن بالوطء استقر لها جميع البدل فسقط حق المنع كالبائع اذا سلم المبيع قبل قبض الثمن

﴿ فصل ﴾ فان كان الصداق عينا لم تملك التصرف فيه قبل القبض كالمبيع وان كان دينا فعلى القولين فى الثمن وان كان عينا فهلكت قبل القبض هلك من ضمان الزوج كما يهلك المبيع قبل القبض من ضمان البائع وهل ترجع الى مهر المثل أو الى بدل العين فيه قولان قال فى القديم ترجع الى بدل العين لأنه عين يجب تسليمها لا يسقط الحق بتلفها فوجب الرجوع الى بدلها كالمغصوب فعلى هذا ان كان مما له مثل وجب مثله وان لم يكن له مثل وجبت قيمته أكثر ما كانت من حين العقد الى أن تلف كالمغصوب ومن أصحابنا من قال تجب قيمته يوم التلف لأنه وقت الفوات والصحيح هو الأول لأن هذا يبطل بالمغصوب . وقال فى الجديد ترجع الى مهر المثل لأنه عوض معين تلف قبل القبض وتعذر الرجوع الى المعوض فوجب الرجوع الى بدل المعوض كما لو اشترى ثوبا بعبد فقبض الثوب ولم يسلم العبد وتلف عنده فانه يجب قيمة الثوب وان قبضت الصداق و وجدت به عيبا فردته أو خرج مستحقا رجعت فى قوله القديم الى بدله وفى قوله الجديد الى مهر المثل وان كان الصداق تعليم سورة من القرآن فتعلمت من غيره أو لم تتعلم لسوء حفظها فهو كالعين اذا تلفت فترجع فى قوله القديم الى أجرة المثل وفى قوله الجديد الى مهر المثل

﴿ فصل ﴾ و يستقر الصداق بالوطء فى الفرج لقوله عز وجل وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض وفسر الافضاء بالجماع وهل يستقر بالوطء فى الدبر فيه وجهان أحدهما يستقر لأنه موضع يجب بالايلاج فيه الحد فأشبه الفرج والثانى لا يستقر لأن المهر فى مقابلة ما يملك بالعقد والوطء فى الدبر غير مملوك فلم يستقر به المهر و يستقر بالموت قبل الدخول وقال أبو سعيد الاصطخرى ان كانت أمة لم يستقر بموتها لأنها كالسلعة تباع وتبتاع والسلعة المبيعة اذا تلفت قبل التسليم سقط الثمن فكذلك اذا ماتت الأمة وجب أن يسقط المهر والمذهب أنه يستقر لأن النكاح الى الموت فاذا ماتت انتهى النكاح فاستقر البدل كالاجارة اذا انقضت مدتها واختلف قوله فى الخلوة فقال فى القديم تقرر المهر لأنه عقد على المنفعة فكان التمكين فيه كالاستيفاء فى تقرر البدل كالاجارة وقال فى الجديد لا تقرر لأنه خلوة فلا تقرر المهر كالخلوة فى غير النكاح

﴿ فصل ﴾ وان وقعت فرقة بعد الدخول لم يسقط من الصداق شىء لأنه استقر فلم يسقط فان أصدقها سورة من القرآن وطلقها

بعد الدخول وقبل أن يعلمها ففيه وجهان أحدهما يعلمها من وراء حجاب كما يستمع منها حديث رسول الله ﷺ والثاني
لا يجوز أن يعلمها لانه لا يؤمن الافتتان بها ويخالف الحديث فانه ليس له بدل فلو منعناه من سماعه منها أدى الى اضاعته وفي
الصداق لا يؤدي الى ابطاله لأن في قوله الجديد ترجع الى مهر المثل وفي قوله القديم ترجع الى أجرة التعليم وان وقعت الفرقة قبل
الدخول نظرت فان كانت بسبب من جهة المرأة بأن أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من ينفسخ النكاح برضاعه سقط مهرها
لأنها أتلفت المعوض قبل التسليم فسقط البدل كالبائع اذا أتلف المبيع قبل التسليم وان كانت بسبب من جهته نظرت فان كان
بطلاق سقط نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وان كان
باسلامه أو بردته سقط نصفه لأنه فرقة انفرد الزوج بسببها قبل الدخول فتنصف بها المهر كالطلاق وان كان بسبب منهما
نظرت فان كان بخلع سقط نصفه لأن المغلب في الخلع جهة الزوج بدليل أنه يصح الخلع بدونها وهو اذا خالع مع أجنبي فصار كما
لو انفرد به وان كان بردة منهما ففيه وجهان أحدهما يسقط نصفه لان حال الزوج في النكاح أقوى فسقط نصفه كما لو ارتد
وحده والثاني يسقط الجميع لان المغلب في المهر جهة المرأة لان المهر لها فسقط جميعه كما لو انفردت بالردة فان اشترت
المرأة زوجها قبل الدخول ففيه وجهان أحدهما يسقط النصف لان البيع تم بالزوجة والسيد وهو قائم مقام الزوج
فصار كالفرقة الواقعة بالخلع والثاني يسقط جميع المهر لان البيع تم بها دون الزوج فسقط جميع المهر كما لو أرضعت من
ينفسخ النكاح برضاعه

(فصل) وان قتلت المرأة نفسها فالمنصوص أنه لا يسقط مهرها وقال في الامة اذا قتلت نفسها أو قتلها مولاها انه يسقط مهرها
فنقل أبو العباس جوابه في كل واحدة منهما الى الاخرى وجعلها على قولين أحدهما يسقط المهر لانها فرقة حصلت من جهتها
قبل الدخول فسقط بها المهر كما لو ارتدت والثاني لا يسقط وهو اختيار المزني وهو الصحيح لأنها فرقة حصلت بانقضاء الأجل
وانتهاء النكاح فلا يسقط بها المهر كما لو ماتت . وقال أبو اسحق لا يسقط في الحرة ويسقط في الامة على ما نص عليه لان الحرة
كالمسلمة نفسها بالعقد ولهذا يملك منعها من السفر والامة لا تصير كالمسلمة نفسها بالعقد ولهذا لا يملك منعها من السفر
مع المولى وان قتلها الزوج استقر مهرها لأن اتلاف الزوج كالقبض كما أن اتلاف المشتري للمبيع في يد البائع كالقبض
في تقرير الثمن

(فصل) ومتى ثبت الرجوع في النصف لم يخل اما أن يكون الصداق تالفا أو باقيا فان كان تالفا فان كان مما له مثل رجع بنصف
مثله وان لم يكن له مثل رجع بقيمة نصفه أقل ما كانت من يوم العقد الى يوم القبض لأنه ان كانت قيمته يوم العقد أقل ثم زادت
كانت الزيادة في ملكها فلم يرجع بنصفها وان كانت قيمته يوم العقد أكثر ثم نقص كان النقصان مضمونا عليه فلم يرجع بما هو
مضمون عليه وان كان باقيا لم يخل اما أن يكون باقيا على حاله أو زائدا أو ناقصا أو زائدا من وجه ناقصا من وجه فان كان على
حاله رجع في نصفه ومتى يملك فيه وجهان أحدهما وهو قول أبي اسحق أنه لا يملك الا باختيار التملك لأن الانسان لا يملك شيئا
بغير اختياره الا الميراث فعلى هذا ان حدثت منه زيادة قبل الاختيار كانت لها والثاني وهو المنصوص أنه يملك بنفس الفرقة
لقوله عز وجل وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فعلق استحقاق النصف بالطلاق
فعلى هذا ان حدثت منه زيادة كانت بينهما وان طلقها والصداق زائد نظرت فان كانت زيادة متميزة كالثمرة والنتاج واللبن
رجع بنصف الاصل وكانت الزيادة لها لانها زيادة متميزة حدثت في ملكها فلم تتبع الاصل في الرد كما قلنا في الرد بالعيب في البيع
وان كانت الزيادة غير متميزة كالسمن وتعليم الصنعة فالمرأة بالخيار بين أن تدفع النصف بزيادته وبين أن تدفع قيمة النصف
فان دفعت النصف أجبر الزوج على أخذه لانه نصف المفروض مع زيادة لا تتميز وان دفعت قيمة النصف أجبر على أخذها لأن
حقه في نصف المفروض والزائد غير المفروض فوجب أخذ البدل وان كانت المرأة مفلسة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي
اسحق أنه يجوز للزوج أن يرجع بنصف العين مع الزيادة لانه لا يصل الى حقه من البدل فرجع بالعين مع الزيادة كما يرجع البائع

(قوله لا يؤمن الافتتان بها) يقال فتنته المرأة اذا دلهته وافتتنته أيضا. وأنشد أبو عبيد لأعشى همدان
لئن فتنتني لهي بالامس أفتنت * سعيدا فأمسى قد قلى كل مسلم

في المبيع مع الزيادة عند افلاس المشترى والثانى وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يرجع لانه ليس من جهة المرأة تفريط فلا يؤخذ منها ما زاد في ملكها بغير رضاها ويخالف اذا أفلس المشترى فان المشترى فرط في حبس الثمن الى أن افلس فرجع البائع في العين مع الزيادة فان كان الصداق نخلا وعليها طلع غير مؤبر فبذلت المرأة نصفها مع الطلع ففيه وجهان أحدهما لا يجبر الزوج على أخذها لانها هبة فلا يجبر على قبولها والثانى يجبر وهو المنصوص لانه نماء غير متميز فأجبر على أخذها كالسمن وان بذلت نصف النخل دون الثمرة لم يجبر الزوج على أخذها وقال المزني يلزمه أن يرجع فيه وعليه ترك الثمرة الى أوان الجذاذ كما يلزم المشترى ترك الثمرة الى أوان الجذاذ وهذا خطأ لانه قد صار حقه في القيمة فلا يجبر على أخذ العين ولان عليه ضررا في ترك الثمرة على نخله فلم يجبر ويخالف المشترى فانه دخل في العقد عن تراض فاقرا على ما تراضيا عليه فان طلب الزوج الرجوع بنصف النخل وترك الثمرة الى أوان الجذاذ ففيه وجهان أحدهما لا تجبر المرأة لانه صار حقه في القيمة والثانى تجبر عليه لان الضرر زال عنها ورضى الزوج بما يدخل عليه من الضرر وان طلقها والصداق ناقص بأن كان عبدا فعمى أو مرض فالزوج بالخيار بين أن يرجع بنصفه ناقصا وبين أن يأخذ قيمة النصف فان رجع في النصف أجبرت المرأة على دفعه لانه رضى بأخذ حقه ناقصا وان طلب القيمة أجبرت على الدفع لان الناقص دون حقه وان طلقها والصداق زائد من وجه ناقص من وجه بأن كان عبدا فتعلم صنعة ومرض فان تراضيا على أخذ نصفه جاز لان الحق لهما وان امتنع الزوج من أخذه لم يجبر عليه لنقصانه وان امتنعت المرأة من دفعه لم تجبر عليه لزيادته وان كان الصداق جارية فحبلت فهى كالعبد اذا تعلم صنعة ومرض لان الحمل زيادة من وجه ونقصان من وجه آخر لانه يخاف منه عليها فكان حكمه حكم العبد وان كان بهيمة فحملت ففيه وجهان أحدهما أن المرأة بالخيار بين ان تسلم النصف مع الحمل وبين ان تدفع القيمة لانه زيادة من غير نقص لان الحمل لا يخاف منه على البهيمة والثانى وهو ظاهر النص أنه كالجارية لانه زيادة من وجه ونقصان من وجه فانه ينقص به اللحم فيما يؤكل ويمنع من الحمل عليه فيما يحمل فكان كالجارية وان باعته ثم رجع اليها ثم طلقها الزوج رجع بنصفه لانه يمكن الرجوع الى عين ماله فلم يرجع الى القيمة وان وصت به أو وهبته ولم يقبض ثم طلقها رجع بنصفه لانه باق على ملكها وتصرفها وان كاتبته أو وهبته وأقبضته ثم طلقها رجع بقيمة النصف لأنه تعلق به حق لازم لغيرها فان كان عبدا فدبرته ثم طلقها فقد روى المزني أنه يرجع فمن أصحابنا من قال يرجع لانه باق على ملكها ومنهم من قال لا يرجع لانه لا يملك نقض تصرفها ومنهم من قال فيه قولان ان قلنا ان التدبير وصية فله الرجوع وان قلنا انه عتق بصفة رجع بنصف قيمته

﴿ فصل ﴾ وان كان الصداق عينا فوهبته من الزوج ثم طلقها قبل الدخول ففيه قولان أحدهما لا يرجع عليها وهو اختيار المزني لان النصف تعجل له بالهبة والثانى يرجع وهو الصحيح لانه عاد اليه بغير الطلاق فلم يسقط حقه من النصف بالطلاق كما لو وهبته لاجنبى ثم وهبه الاجنبى منه وان كان دينا فأبرأته منه ثم طلقها قبل الدخول فان قلنا انه لا يرجع في الهبة لم يرجع في الابراء وان قلنا يرجع في الهبة ففي الابراء وجهان أحدهما يرجع كما يرجع في الهبة والثانى لا يرجع لان الابراء اسقاط لا يفتقر الى القبول والهبة تمليك تفتقر الى القبول فان أصدقها عينا فوهبتها منه ثم ارتدت قبل الدخول فهل يرجع بالجميع فيه قولان لان الرجوع بالجميع في الردة كالرجوع بالنصف في الطلاق وان اشترى سلعة بثمن وسلم الثمن ووهب البائع الثمن منه ثم وجد بالسلعة عيبا ففي ردها والرجوع بالثمن وجهان بناء على القولين فان وجد به عيبا وحدث به عنده عيب آخر فهل يرجع بالارش فيه وجهان بناء على القولين وان اشترى سلعة ووهبها من البائع ثم أفلس المشترى فللبائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن قولا واحدا لان حقه في الثمن ولم يرجع اليه الثمن

﴿ فصل ﴾ اذا طلقت المرأة قبل الدخول ووجب لها نصف المهر جاز للذى بيده عقدة النكاح أن يعفو عن النصف لقوله عز وجل وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح وفيمن بيده عقدة النكاح قولان قال في القديم هو الولى فيعفو عن النصف الذى لها لان الله تعالى خاطب الازواج

وانكر الاصمعي افتنته

فقال سبحانه وتعالى وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ولو كان هو الزوج لقال الا أن يعفون أو تعفوا لانه تقدم ذكر الازواج وخاطبهم بخطاب الحاضر فلما عدل عن خطابهم دل على أن الذى بيده عقدة النكاح غير الزوج فوجب أن يكون هو الولى وقال فى الجديد هو الزوج فيعفو عن النصف الذى وجب له بالطلاق فأما الولى فلا يملك العفو لانه حق لها فلا يملك الولى العفو عنه كسائر ديونها وأما الآية فتحتمل أن يكون المراد به الازواج فخاطبهم بخطاب الحاضر ثم خاطبهم بخطاب الغائب كما قال الله عز وجل حتى اذا كنتم فى الفلك وجرين بهم فاذا قلنا ان الذى بيده عقدة النكاح هو الولى لم يصح العفو منه الا بخمسة شروط أحدها أن يكون أبا أو جدا لانهما لا يتهمان فيما يرى من حظ الولد ومن سواهما متهم والثانى أن تكون المنكوحة بكرا فأما الثيب فلا يجوز العفو عن مالها لانه لا يملك الولى تزويجها والثالث أن يكون العفو بعد الطلاق وأما قبله فلا يجوز لانه لاحظ لها فى العفو قبل الطلاق لان البضع معرض للتلف فاذا عفا ربما دخل بها فتلفت منفعة بضعها من غير بدل والرابع أن يكون قبل الدخول فأما بعد الدخول فقد أتلف بضعها فلم يجز اسقاط بدله والخامس أن تكون صغيرة أو مجنونة فأما البالغة الرشيدة فلا يملك العفو عن مهرها لانه لا ولاية عليها فى المال

﴿ فصل ﴾ وان فوضت بضعها بأن تزوجت وسكتت عن المهر أو تزوجت على أن لا مهر لها ففيه قولان أحدهما لا يجب لها المهر بالعقد وهو الصحيح لانه لو وجب لها المهر بالعقد لتنصف بالطلاق والثانى يجب لانه لو لم يجب لما استقر بالدخول ولها أن تطالب بالفرض لان اخلاء العقد عن المهر خالص لرسول الله ﷺ فان قلنا يجب بالعقد فرض لها مهر المثل لان البضع كالمستهلك فضمن بقيمته كالسلعة المستهلكة فى يد المشترى ببيع فاسد وان قلنا لا يجب لها المهر بالعقد فرض لها ما يتفقان عليه لانه ابتداء ايجاب فكان اليهما كالفرض فى العقد ومتى فرض لها مهر المثل أو ما يتفقان عليه صار ذلك كالمسمى فى الاستقرار بالدخول والموت والتنصف بالطلاق لانه مهر مفروض فصار كالمفروض فى العقد وان لم يفرض لها حتى طلقها لم يجب لها شىء من المهر لقوله عز وجل وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فدل على انه اذا لم يفرض لم يجب النصف وان لم يفرض لها حتى وطئها استقر لها مهر المثل لان الوطء فى النكاح من غير مهر خالص لرسول الله ﷺ وان ماتا أو أحدهما قبل الفرض ففيه قولان أحدهما لا يجب لها المهر لانها مفوضة فارقت زوجها قبل الفرض والمسيس فلم يجب لها المهر كما لو طلقت والثانى يجب لها المهر لما روى علقمة قال أتى عبد الله فى رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يكن فرض لها شيئا ولم يدخل بها فقال أقول فيها برأيى لها صداق نسائها وعليها العدة ولها الميراث فقال معقل بن سنان الاشجعى قضى رسول الله ﷺ فى تزويج بنت واشق بمثل ما قضيت ففرح بذلك ولأن الموت معنى يستقر به المسمى فاستقر بمهر المفوضة كالوطء وان تزوجت على أن لا مهر لها فى الحال ولا فى الثانى ففيه وجهان أحدهما أن النكاح باطل لأن النكاح من غير مهر لم يكن الا لرسول الله ﷺ فتصير كما لو نكح نكاحا ليس له والثانى يصح لانه يلغى قولها لا مهر لى فى الثانى لانه شرط باطل فى الصداق فسقط وبقى العقد فعلى هذا يكون حكمه حكم القسم قبله

﴿ فصل ﴾ ويعتبر مهر المثل بمهر نساء العصبات لحديث علقمة عن عبد الله وتعتبر بالاقرب فالاقرب منهن وأقربهن الاخوات وبنات الاخوة والعمات وبنات الاعمام فان لم يكن لها نساء عصبات اعتبر باقرب النساء اليها من الامهات والخالات لانهن أقرب اليها فان لم يكن لها أقارب اعتبر بنساء بلدها ثم بأقرب النساء شبها بها ويعتبر بمهر من هى على صفتها فى الحسن والعقل والعفة واليسار لانه قيمة متلف فاعتبر فيها الصفات التى يختلف بها العوض والمهر يختلف بهذه الصفات ويجب من نقد البلد كقيم المتلفات

(قوله المفوضة) هى المرأة تنكح بغير صداق من قولهم فوضت الأمر الى فلان أى رددته كأنها ردت الامر الى الزوج وفوضته اليه. والتفويض أن تفوض المرأة أمرها الى الزوج فلا تقدر معه مهرا. وقيل معنى التفويض الاهمال كأنها أهملت أمر المهر فلم تسمه كما قال الشاعر

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

ويقال المرأة مفوضة بالكسر لتفويضها الا أنها أذنت. وبالفتح لان وليها فوضها بعقده

﴿ فصل ﴾ واذا أعسر الرجل بالمهر ففيه طريقان من أصحابنا من قال ان كان قبل الدخول ثبت لها الخيار فى فسخ النكاح لانه معاوضة يلحقه الفسخ فجاز فسخه بالافلاس بالعوض كالبيع وان كان بعد الدخول لم يجز الفسخ لان البضع صار كالمستهلك بالوطء فلم تفسخ بالافلاس كالبيع بعد هلاك السلعة ومن أصحابنا من قال ان كان قبل الدخول ثبت الفسخ وان كان بعد الدخول ففيه قولان أحدهما لا يثبت لها الفسخ لما ذكرناه والثانى يثبت لها الفسخ وهو الصحيح لان البضع لا يتلف بوطء واحد فجاز الفسخ والرجوع اليه ولا يجوز الفسخ الا بالحاكم لانه مختلف فيه فافتقر الى الحاكم كفسخ النكاح بالعيب

﴿ فصل ﴾ اذا زوج الرجل ابنه الصغير وهو معسر ففيه قولان قال فى القديم يجب المهر على الأب لانه لما زوجه مع العلم بوجوب المهر والاعسار كان ذلك رضا بالتزامه وقال فى الجديد يجب على الابن وهو الصحيح لأن البضع له فكان المهر عليه

﴿ فصل ﴾ وان تزوج العبد باذن المولى فان كان مكتسبا وجب المهر والنفقة فى كسبه لانه لا يمكن ايجاب ذلك على المولى لانه لم يضمن ولا فى رقبة العبد لانه وجب برضا من له الحق ولا يمكن ايجابه فى ذمته لأنه فى مقابلة الاستمتاع فلا يجوز تأخيره عنه فلم يبق الا الكسب فتعلق به ولا يتعلق الا بالكسب الحادث بعد العقد فان كان المهر مؤجلا تعلق بالكسب الحادث بعد حلوله لأن ما كسبه قبله للمولى ويلزم المولى تمكينه من الكسب بالنهار ومن الاستمتاع بالليل لأن اذنه فى النكاح يقتضى ذلك فان لم يكن مكتسبا وكان مأذونا له فى التجارة فقد قال فى الأم يتعلق بما فى يده فمن أصحابنا من حمله على ظاهره لانه دين لزمه بعقد اذن فيه المولى فقضى مما فى يده كدين التجارة ومن أصحابنا من قال يتعلق بما يحصل من فضل المال لان ما فى يده للمولى فلا يتعلق به كما لا يتعلق بما فى يده من الكسب وانما يتعلق بما يحدث وحمل كلام الشافعى رحمه الله على ذلك وان لم يكن مكتسبا ولا مأذونا له فى التجارة ففيه قولان أحدهما يتعلق المهر والنفقة بذمته يتبع به اذا اعتق لأنه دين لزمه برضا من له الحق فتعلق بذمته كدين القرض فعلى هذا للمرأة أن تفسخ اذا أرادت والثانى يجب فى ذمة السيد لأنه لما أذن له فى النكاح مع العلم بالحال صار ضامنا للمهر والنفقة وان تزوج بغير اذن المولى ووطئ فقد قال فى الجديد يجب فى ذمته يتبع به اذا اعتق لأنه حق وجب برضا من له الحق فتعلق بذمته كدين القرض وقال فى القديم يتعلق برقبته لأن الوطء كالجناية وان أذن له فى النكاح فنكح نكاحا فاسدا ووطئ ففيه قولان أحدهما ان الاذن يتضمن الصحيح والفاسد لأن الفاسد كالصحيح فى المهر والعدة والنسب فعلى هذا حكمه حكم الصحيح وقد بيناه والثانى وهو الصحيح أنه لا يتضمن الفاسد لان الاذن يقتضى عقدا يملك به فعلى هذا حكمه حكم ما لو تزوج بغير اذنه وقد بيناه

﴿ باب اختلاف الزوجين فى الصداق ﴾

اذا اختلف الزوجان فى قدر المهر أو فى أجله تحالفا لأنه عقد معاوضة فجاز أن يثبت التحالف فى قدر عوضه وأجله كالبيع واذا تحالفا لم ينفسخ النكاح لأن التحالف يوجب الجهل بالعوض والنكاح لا يبطل بجهالة العوض ويجب مهر المثل لأن المسمى سقط وتعذر الرجوع الى المعوض فوجب بدله كما لو تحالفا فى الثمن بعد هلاك المبيع فى يد المشترى وقال أبو على ابن خيران ان زاد مهر المثل على ما تدعيه المرأة لم تجب الزيادة لأنها لا تدعيها وقد بينا فساد قوله فى البيع وان ماتا أو أحدهما قام الوارث مقام الميت لما ذكرناه فى البيع فان اختلف الزوج وولى الصغيرة فى قدر المهر ففيه وجهان أحدهما يحلف الزوج ويوقف يمين المنكوحة الى أن تبلغ ولا يحلف الولى لأن الانسان لا يحلف لاثبات الحق لغيره والثانى أنه يحلف وهو الصحيح لأنه باشر العقد فحلف كالوكيل فى البيع فان بلغت المنكوحة قبل التحالف لم يحلف الولى لأنه لا يقبل اقراره عليها فلم يحلف وهذا فيه نظر لأن الوكيل يحلف وان لم يقبل اقراره وان ادعت المرأة أنها تزوجت به يوم السبت بعشرين ويوم الاحد بثلاثين وأنكر الزوج أحد العقدين وأقامت المرأة البينة على العقدين وادعت المهرين قضى لها لأنه يجوز أن يكون تزوجها يوم السبت ثم خالعها ثم تزوجها يوم الاحد فلزمه المهران

﴿ فصل ﴾ وان اختلفا فى قبض المهر فادعاه الزوج وأنكرت المرأة فالقول قولها لان الأصل عدم القبض وبقاء المهر وان كان الصداق تعليم سورة فادعى الزوج أنه علمها وأنكرت المرأة فان كانت لا تحفظ السورة فالقول قولها لان الأصل عدم التعليم وان كانت تحفظها ففيه وجهان أحدهما أن القول قولها لان الأصل أنه لم يعلمها والثانى أن القول قوله لان الظاهر أنه لم يعلمها غيره وان دفع اليها شيئا وادعى أنه دفعه عن الصداق وادعت المرأة أنه هدية فان اتفقا على أنه لم يتلفظ بشىء فالقول قوله من غير يمين لان الهدية لا تصح بغير قول وان اختلفا فى اللفظ فادعى الزوج أنه قال هذا عن صداقك وادعت المرأة أنه قال هو هدية فالقول قول الزوج لان الملك له فاذا اختلفا فى انتقاله كان القول فى الانتقال قوله كما لو دفع الى رجل ثوبا فادعى أنه باعه وادعى القابض أنه وهبه له

﴿ فصل ﴾ وان اختلفا فى الوطء فادعته المرأة وأنكر الزوج فالقول قوله لان الأصل عدم الوطء فان أتت بولد يلحقه نسبه ففى المهر قولان أحدهما يجب لان الحاق النسب يقتضى وجود الوطء والثانى لا يجب لأن الولد يلحق بالامكان والمهر لا يجب الا بالوطء والأصل عدم الوطء

﴿ فصل ﴾ وان أسلم الزوجان قبل الدخول فادعت المرأة أنه سبقها بالاسلام فعليه نصف المهر وادعى الزوج أنها سبقته فلا مهر لها فالقول قول المرأة لان الأصل بقاء المهر وان اتفقا على أن أحدهما سبق ولا يعلم عين السابق منهما فان كان المهر فى يد الزوج لم يجز للمرأة أن تأخذ منه شيئا لأنها تشك فى الاستحقاق وان كان فى يد الزوجة رجع الزوج بنصفه لأنه يتيقن استحقاقه ولا يأخذ من النصف الآخر شيئا لأنه شك فى استحقاقه

﴿ فصل ﴾ وان أصدقها عينا ثم طلقها قبل الدخول وقد حدث بالصداق عيب فقال الزوج حدث بعد ما عاد الى فعليك أرشه وقالت المرأة بل حدث قبل عوده اليك فلا يلزمنى أرشه فالقول قول المرأة لأن الزوج يدعى وقوع الطلاق قبل النقص والأصل عدم الطلاق والمرأة تدعى حدوث النقص قبل الطلاق والأصل عدم النقص فتقابل الأمران فسقطا والأصل براءة ذمتها

﴿ فصل ﴾ واذا وطىء امرأة بشبهة أو فى نكاح فاسد لزمه المهر لحديث عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ قال أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فان مسها فلها المهر بما استحل من فرجها فان أكرهها على الزنا وجب عليه المهر لأنه وطء سقط فيه الحد عن الموطوأة بشبهة والواطىء من أهل الضمان فى حقها فوجب عليه المهر كما لو وطئها فى نكاح فاسد فان طاوعته على الزنا نظرت فان كانت حرة لم يجب لها المهر لما روى أبو مسعود البدرى رضى الله عنه أن النبى ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغى وحلوان الكاهن وان كانت أمة لم يجب لها المهر على المنصوص للخبر ومن أصحابنا من قال يجب لأن المهر حق للسيد فلم يسقط باذنها كأرش الجناية

﴿ فصل ﴾ وان وطىء امرأة وادعت المرأة أنه استكرهها وادعى الواطىء أنها طاوعته ففيه قولان أحدهما القول قول الواطىء لأن الأصل براءة ذمته والثانى القول قول الموطوأة لأن الواطىء متلف ويشبه أن يكون القولان مبنيين على القولين فى اختلاف رب الدابة وراكبها ورب الأرض وزارعها

﴿ فصل ﴾ وان وطىء المرتهن الجارية المرهونة باذن الراهن وهو جاهل بالتحريم ففيه قولان أحدهما لا يجب المهر لان البضع للسيد وقد أذن له فى اتلافه فسقط بدله كما لو أذن له فى قطع عضو منها والثانى يجب لأنه وطء سقط عنه الحد لشبهة فوجب عليه المهر كما لو وطىء فى نكاح فاسد فان أتت منه بولد ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالمهر لأنه متولد من مأذون فيه فاذا كان فى بدل المأذون فيه قولان كذلك وجب أن يكون فى بدل ما تولد منه قولان وقال أبو اسحق تجب قيمة الولد يوم سقط قولا واحدا لأنها تجب بالاحبال ولم يوجد الاذن فى الاحبال والطريق الأول أظهر لانه وان لم يأذن فى الاحبال الا أنه اذن فى سببه

(قوله مهر البغى وحلوان الكاهن) البغى الزانية. والبغاء الزنا. وحلوان الكاهن أجرته وقد ذكر. والكاهن العالم بالعبرانية

﴿ باب المتعة ﴾

اذا طلقت المرأة لم يخل اما أن يكون قبل الدخول أو بعده فان كان قبل الدخول نظرت فان لم يفرض لها مهر وجب لها المتعة لقوله تعالى لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن ولأنه لحقها بالنكاح ابتذال وقلت الرغبة فيها بالطلاق فوجب لها المتعة وان فرض لها المهر لم تجب لها المتعة لأنه لما أوجب بالآية لمن لم يفرض لها دل على أنه لا يجب لمن فرض لها ولانه حصل لها في مقابلة الابتذال نصف المسمى فقام ذلك مقام المتعة وان كان بعد الدخول ففيه قولان قال في القديم لا تجب لها المتعة لأنها مطلقة من نكاح لم يخل من عوض فلم تجب لها المتعة كالمسمى لها قبل الدخول وقال في الجديد تجب لقوله تعالى فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا وكان ذلك في نساء دخل بهن ولان ما حصل من المهر لها بدل عن الوطء وبقي الابتذال بغير بدل فوجب لها المتعة كالمفوضة قبل الدخول وان وقعت الفرقة بغير الطلاق نظرت فان كانت بالموت لم تجب لها المتعة لأن النكاح قد تم بالموت و بلغ منتهاه فلم تجب لها متعة وان كانت بسبب من جهة أجنبي كالرضاع فحكمه حكم الطلاق في الأقسام الثلاثة لأنها بمنزلة الطلاق في تنصيف المهر فكانت كالطلاق في المتعة وان كانت بسبب من جهة الزوج كالاسلام والردة واللعان فحكمه حكم الطلاق في الأقسام الثلاثة لانها فرقة حصلت من جهته فأشبهت الطلاق وان كانت بسبب من جهة الزوجة كالاسلام والردة والرضاع والفسخ بالاعسار والعيب بالزوجين جميعا لم تجب لها المتعة لان المتعة وجبت لها لما يلحقها من الابتذال بالعقد وقلة الرغبة فيها بالطلاق وقد حصل ذلك بسبب من جهتها فلم تجب وان كانت بسبب منهما نظرت فان كانت بخلع أو جعل الطلاق اليها فطلقت كان حكمها حكم المطلقة في الأقسام الثلاثة لان المغلب فيها جهة الزوج لانه يمكنه أن يخالعها مع غيرها و يجعل الطلاق الى غيرها فجعل كالمنفرد به وان كانت الزوجة أمة فاشتراها الزوج فقد قال في موضع لا متعة لها وقال في موضع لها المتعة فمن أصحابنا من قال هي على قولين أحدهما لا متعة لها لان المغلب جهة السيد لانه يمكنه أن يبيعها من غيره فكان حكمه في سقوط المتعة حكم الزوج في الخلع في وجوب المتعة ولأنه يملك بيعها من غير الزوج فصار اختياره للزوج اختيار الفرقة والثاني أن لها المتعة لانه لا مزية لأحدهما على الآخر في العقد فسقط حكمها كما لو وقعت الفرقة من جهة أجنبي وقال أبو اسحق ان كان مولاها طلب البيع لم تجب لانه هو الذي اختار الفرقة وان كان الزوج طلب وجبت لانه هو الذي اختار الفرقة وحمل القولين على هذين الحالين

﴿ فصل ﴾ والمستحب أن تكون المتعة خادما أو مقنعة أو ثلاثين درهما لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال يستحب أن يمتعها بخادم فان لم يفعل فبثياب وعن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال يمتعها بثلاثين درهما وروي عنه قال يمتعها بجار يتوفى الوجوب وجهان أحدهما ما يقع عليه اسم المال والثاني وهو المذهب أنه يقدرها الحاكم لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وهل يعتبر بالزوج أو بالزوجة فيه وجهان أحدهما يعتبر بحال الزوج للآية والثاني يعتبر بحالها لأنه بدل عن المهر فاعتبر بها

﴿ باب الوليمة والنثر ﴾

الطعام الذي يدعى اليه الناس ستة الوليمة للعرس والخرس للولادة والاعذار للختان والوكيرة للبناء والنقيعة لقدوم المسافر

﴿ ومن باب المتعة والوليمة ﴾

المتعة هي الشيء الذي يتبلغ به و يستعان به على ترويج الحال في الدنيا ذكره في الصحاح[1] بروع بنت واشق أهل الحديث يروونه بكسر الباء والصواب الفتح لانه ليس في كلام العرب فعول الاخروع وعتود (قوله وان فرض لها المهر) أي أوجبه والفرض الواجب وأصله الحز والقطع (قوله الابتذال) الابتذال هو الامتهان والاتفاع مأخوذ من البذلة والمبذلة وهو ما يبتذل و يمتهن من الثياب يقال جاءنا فلان في مباذله أي ثياب بذلة (قوله خادما أو مقنعة) الخادم واحد الخدام غلاما كان أو جارية وهو فاعل من الخدمة. والمقنعة ما يغطى به الرأس. والفارس المقنع الذي غطى رأسه بالحديد (قوله وعلى المقتر قدره) المقتر الفقير وأصله التضييق في النفقة (قوله الوليمة) مشتقة من ولم الزوجين وهو اجتماعهما. والولم الجمع ومنه سمي العقد الولم لانه يجمع الرجلين

---

(١) (قوله بروع) هذه الكلمة موجودة بالاصل كهذا أو ليست لها مناسبة في الشرح

والمأدبة لغير سبب و يستحب ماسوى الوليمة لما فيها من اظهار نعم الله والشكر عليها واكتساب الأجر والمحبة ولا تجب لان الايجاب بالشرع ولم يرد الشرع بايجابه وأما وليمة العرس فقد اختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال هي واجبة وهو المنصوص لما روى أنس رضي الله عنه قال تزوج عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة ومنهم من قال هي مستحبة لانه طعام لحادث سرور فلم تجب كسائر الولائم و يكره النثر لان التقاطه دناءة وسخف ولأنه يأخذه قوم دون قوم و يأخذه من غيره أحب

﴿فصل﴾ ومن دعي الى وليمة وجب عليه الاجابة لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال اذا دعي أحدكم الى وليمة فليأتها ومن أصحابنا من قال هي فرض على الكفاية لأن القصد اظهارها وذلك يحصل بحضور البعض وان دعي مسلم الى وليمة ذمي ففيه وجهان أحدهما تجب الاجابة للخبر والثاني لا تجب لأن الاجابة للتواصل واختلاف الدين يمنع التواصل وان كانت الوليمة ثلاثة أيام أجاب في اليوم الأول والثاني وتكره الاجابة في اليوم الثالث لما روى أن سعيد بن المسيب رحمه الله دعي مرتين فأجاب ثم دعي الثالثة فحصب الرسول وعن الحسن رحمه الله أنه قال الدعوة أول يوم حسن والثاني حسن والثالث رياء وسمعة وان دعاه اثنان ولم يمكنه الجمع بينهما أجاب أسبقهما لحق السبق فان استويا في السبق أجاب أقربهما رحما فان استويا في الرحم أجاب أقربهما دارا لأنه من أبواب البر فكان التقديم فيه على ماذكرناه كصدقة التطوع فان استويا في ذلك أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فقدم بالقرعة

﴿فصل﴾ وان دعي الى موضع فيه دف أجاب لأن الدف يجوز في الوليمة لما روى محمد بن حاطب قال قال رسول الله ﷺ فصل بين الحلال والحرام الدف فان دعي الى موضع فيه منكر من زمر أو خمر فان قدر على ازالته لزمه أن يحضر لوجوب الاجابة ولازالة المنكر وان لم يقدر على ازالته لم يحضر لما روى أن رسول الله ﷺ نهى أن يجلس على مائدة تدار فيها الخمر وروى نافع قال كنت أسير مع عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فسمع زمارة راع فوضع أصبعيه في أذنيه ثم عدل عن الطريق فلم يزل يقول يا نافع أتسمع حتى قلت لا فأخرج أصبعيه عن أذنيه ثم رجع الى الطريق ثم قال هكذا رأيت رسول الله ﷺ صنع وان حضر في موضع فيه تماثيل فان كانت كالشجر جلس وان كانت على صورة حيوان فان كانت على بساط يداس أو مخدة يتكأ عليها جلس وان كانت على حائط أو ستر معلق لم يجلس لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ أتاني جبريل ﷺ

ذكره في البيان. قال الزمخشري الوليمة من الولم وهو خيط يربط لأنها لعقد المواصلة. والوليمة تقع على كل طعام يتخذ عند حادث سرور الا أن استعمالها في العرس أشهر. وأما الخرس فيقال بالسين والصاد وهو طعام الولادة. والخرسة ما تطعمه النفساء قال في الفائق وكأنه تسمى خرسا لانها تصنع عند وضعها وانقطاع صرة حملها وفي أمثالهم تخرسي يا نفس لا مخرسة لك أي اصنعي لك فانه لا صانع لك و يقال التمر خرسة مريم عليها السلام لقوله تعالى تساقط عليك رطبا جنيا. والاعذار من عذر الغلام اذا ختنه قال أبو عبيد يقال أعذر الجارية والغلام يعذرهما عذرا اذا ختنهما. والنقيعة مأخوذة من النقع وهو النحر يقال نقع الجزور اذا نحرها ونقع جيبه شقه قال المرار

تقعن جيوبهن علي حيا ❊ وأعددن المراثي والعويلا

وقال أبو زيد النقيعة طعام الاملاك. والاملاك التزويج. وفي الحديث في تزويج خديجة بالنبي عليه السلام قال أبو خديجة وقد ذبحوا بقرة عند ذلك ما هذه النقيعة وقد جمع الشاعر هذه الأطعمة المذكورة في الكتاب حيث قال

كل الطعام تشتهي ربيعه ❊ الخرس والاعذار والنقيعه

والنثر ما ينثر على رأس العروس من دراهم أو غيرها. دناءة وسخف ذكرا (قوله فحصب الرسول) أي رماه بالحصى وهو صغار الحجارة. حصبته أحصبه بالكسر (قوله موضع فيه دف) الدف الذي يضرب يفتح و يضم. وأما الدف فالجنب بالفتح لا غير (قوله فسمع زمارة راع) الزمر معروف يقال زمر يزمر و يزمر بالضم والكسر وأصله من الزمارة بالكسر وهو صوت النعام. وقد زمر النعام يزمر بالكسر (قوله ثم عدل عن الطريق) أي مال عنها ولعله فعل ذلك لئلا يستضر المارة بوقوفه وانما وقف لأنه يعسر عليه المشي والاجتياز مع قبض يديه والراكب أشد ضررا

فقال أتيتك البارحة فلم يمنعني أن أكون دخلت الا أنه كان على الباب تماثيل وكان في البيت قرام ستر فيه تماثيل وكان في البيت كلب فمر برأس التماثيل التي كانت في باب البيت يقطع فتصير كهيئة الشجرة ومر بالستر فليقطع منه وسادتان منبوذتان توطآن ومر بالكلب فليخرج ففعل رسول الله ﷺ ذلك ولأن ما كان كالشجرة فهو كالكتابة والنقوش وما كان على صورة الحيوان على حائط أو ستر فهو كالصنم وما يوطأ فليس كالصنم لانه غير معظم

﴿فصل﴾ ومن حضر الطعام فان كان مفطراً ففيه وجهان أحدهما يلزمه أن يأكل لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال اذا دعي أحدكم الى طعام فليجب فان كان مفطراً فليأكل وان كان صائماً فليصل والثاني لا يجب لما روى جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ اذا دعي أحدكم الى طعام فليجب فان شاء طعم وان شاء ترك وان دعي وهو صائم لم تسقط عنه الاجابة للخبر ولان القصد التكثير والتبرك بحضوره وذلك يحصل مع الصوم فان كان الصوم فرضاً لم يفطر لقول النبي ﷺ وان كان صائماً فليصل وان كان تطوعاً فالمستحب أن يفطر لأنه يدخل السرور على من دعاه وان لم يفطر جاز لانه قربة فلم يلزمه تركها والمستحب لمن فرغ من الطعام أن يدعو لصاحب الطعام . لما روى عبدالله بن الزبير رضي الله عنه قال أفطر رسول الله صلى الله عليه وسلم عند سعد بن معاذ رضي الله عنه فقال أفطر عندكم الصائمون وصلت عليكم الملائكة وأكل طعامكم الابرار

﴿ باب عشرة النساء والقسم ﴾

اذا تزوج امرأة فان كانت ممن يجامع مثلها وجب تسليمها بالعقد اذا طلب ويجب عليه تسلمها اذا عرضت عليه فان طالب بها الزوج فسألت الانظار أنظرت ثلاثة أيام لانه قريب ولا تنظر أكثر منه لأنه كثير وان كانت لا يجامع مثلها لصغر أو مرض يرجى زواله لم يجب التسليم اذا طلب الزوج ولا التسلم اذا عرضت عليه لأنها لا تصلح للاستمتاع وان كانت لا يجامع مثلها لمعنى لا يرجى زواله بأن كانت نضوة الخلق أو بها مرض لا يرجى زواله وجب التسليم اذا طلب والتسلم اذا عرضت عليه لأن المقصود من مثلها الاستمتاع بها في غير الجماع

﴿فصل﴾ وان كانت الزوجة حرة وجب تسليمها ليلا ونهاراً لأنه لا حق لغيرها عليها وللزوج أن يسافر بها لان النبي ﷺ كان يسافر بنسائه ولا يجوز لها أن تسافر بغير اذن الزوج لان الاستمتاع مستحق له فلا يجوز تفويته عليه وان كانت أمة وجب تسليمها بالليل دون النهار لانها مملوكة عقد على احدى منفعتيها فلم يجب التسليم في غير وقتها كما لو أجرها لخدمة النهار وقال أبو اسحق ان كان بيدها صنعة كالغزل والنسج وجب تسليمها بالليل والنهار لانه يمكنها العمل في بيت الزوج والمذهب الاول لانه قد يحتاج اليها في خدمة غير الصنعة ويجوز للمولى بيعها لان النبي ﷺ أذن لعائشة رضي الله عنها في شراء بريرة وكان لها زوج ويجوز له أن يسافر بها لانه يملك بيعها فملك السفر بها كغير المزوجة

﴿فصل﴾ ويجوز للزوج أن يجبر امرأته على الغسل من الحيض والنفاس لان الوطء يقف عليه وفي غسل الجنابة قولان أحدهما له أن يجبرها عليه لان كمال الاستمتاع يقف عليه لان النفس تعاف من وطء الجنب والثاني ليس له أن يجبرها لان الوطء لا يقف عليه وفي التنظيف والاستحداد وجهان أحدهما يملك اجبارها عليه لان كمال الاستمتاع يقف عليه والثاني لا يملك

(قوله قرام) هو ستر فيه رقم قال لبيد

من كل محفوف يظل عصيه ٭ زوج عليه كلة وقرامها

(قوله تماثيل) جمع تمثال وهو تفعال من المماثلة وهي المشابهة كالصور المشبهة بالحيوان وغيرها (قوله منبوذتان) أي مرميتان والنبذ الرمي، أي غير معظمتين (قوله وان كان صائماً فليصل) أي فليدع. والصلاة ههنا الدعاء لرب الطعام بالمغفرة والبركة (قوله وصلت عليكم الملائكة) أي استغفرت لكم والصلاة من الله الرحمة ومن الملائكة الاستغفار. ومن الناس الدعاء

﴿ومن باب عشرة النساء والقسم﴾

القسم ههنا بفتح القاف أراد المصدر ولم يرد الاسم الذي هو بالكسر (قوله نضو الخلق) النضو المهزول من الابل. وناقة نضوة أي مهزولة. لأن النفس تعاف من وطء الجنب قد ذكر (قوله الاستحداد) هو حلق العانة. استفعال من الحديد

اجبارها عليه لان الوطء لايقف عليه وهل له أن يمنعها من أ كل ما يتأذى برائحته فيه وجهان أحدهما له منعها لانه يمنع كمال الاستمتاع والثانى ليس له منعها لانه لا يمنع الوطء فان كانت ذمية فله منعها من السكر لانه يمنع الاستمتاع لانها تصير كالزق المنفوخ ولانه لا يأمن أن تجنى عليه وهل له أن يمنعها من أ كل لحم الخنزير وشرب القليل من الخمر فيه ثلاثة أوجه أحدها يجوز له منعها لانه يمنع كمال الاستمتاع والثانى ليس له منعها لانه لا يمنع الوطء والثالث وهو قول أبى على ابن أبى هريرة أنه ليس له منعها من لحم الخنزير لانه لا يمنع الوطء وله منعها من قليل الخمر لان السكر يمنع الاستمتاع ولا يمكن التمييز بين ما يسكر و بين ما لا يسكر مع اختلاف الطباع فمنع من الجميع

﴿فصل﴾ وللزوج منع الزوجة من الخروج الى المساجد وغيرها . لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال رأيت امرأة أتت الى النبى صلى الله عليه وسلم وقالت يارسول الله ما حق الزوج على زوجته قال حقه عليها أن لا تخرج من بيتها الا باذنه فان فعلت لعنها الله وملائكة الرحمة وملائكة الغضب حتى تتوب أو ترجع قالت يارسول الله وان كان لها ظالما قال وان كان لها ظالما ولان حق الزوج واجب فلا يجوز تركه بما ليس بواجب و يكره منعها من عيادة أبيها اذا ثقل وحضور مواراته اذا مات لان منعها من ذلك يؤدى الى النفور و يغريها بالعقوق

﴿فصل﴾ و يجب على الزوج معاشرتها بالمعروف من كف الاذى لقوله تعالى وعاشروهن بالمعروف و يجب عليه بذل ما يجب من حقها من غير مطل لقوله عز وجل وعاشروهن بالمعروف ومن العشرة بالمعروف بذل الحق من غير مطل ولقوله ﷺ مطل الغنى ظلم ولا يجب عليه الاستمتاع لانه حق له فجاز له تركه كسكنى الدار المستأجرة ولان الداعى الى الاستمتاع الشهوة والمحبة فلا يمكن ايجابه والمستحب أن لا يعطلها . لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه قال قال لى رسول الله ﷺ أتصوم النهار قلت نعم قال وتقوم الليل قلت نعم قال لكنى أصوم وأفطر وأصلى وأنام وأمس النساء فمن رغب عن سنتى فليس منى ولانه اذا عطلها لم يأمن الفساد ووقوع الشقاق ولا يجمع بين امرأتين فى مسكن الا برضاهما لان ذلك ليس من العشرة بالمعروف ولانه يؤدى الى الخصومة ولا يطأ احداهما بحضرة الاخرى لانه دناءة وسوء عشرة ولا يستمتع بها الا بالمعروف فان كانت نضو الخلق ولم تحتمل الوطء لم يجز وطؤها لما فيه من الاضرار

﴿فصل﴾ ولا يجوز وطؤها فى الدبر . لما روى خزيمة بن ثابت رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من أتى امرأة فى دبرها ويجوز الاستمتاع بها فيما بين الاليتين لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين ويجوز وطؤها فى الفرج مدبرة لما روى جابر رضى الله عنه قال قالت اليهود اذا جامع الرجل امرأته من ورائها جاء ولدها أحول فأنزل الله تعالى نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم قال يقول يأتيها من حيث شاء مقبلة أو مدبرة اذا كان ذلك فى الفرج

﴿فصل﴾ و يكره العزل . لما روت جذامة بنت وهب قالت حضرت رسول الله صلى عليه وسلم فسألوه عن العزل فقال ذلك الوأد الخفى واذا الموءودة سئلت فان كان ذلك فى وطء أمته لم يحرم لان الاستمتاع بها حق له لا حق لها فيه وان كان فى وطء زوجته فان كانت مملوكة لم يحرم لانه يلحقه العار باسترقاق ولده منها وان كانت حرة فان كان باذنها جاز لان الحق لهما وان لم تأذن ففيه وجهان أحدهما لا يحرم لان حقها فى الاستمتاع دون الانزال . والثانى يحرم لانه يقطع النسل من غير ضرر يلحقه

﴿فصل﴾ وتجب على المرأة معاشرة الزوج بالمعروف من كف الاذى كما يجب عليه فى معاشرتها و يجب عليها بذل ما يجب له من

(قوله ويغريها بالعقوق) أغراه بالشىء اذا ألزمه اياه . وأصله من الالصاق بالغراء . والمعاشرة هى المخالطة والمصاحبة والعشير المخالط (قوله وعاشروهن بالمعروف) وهو ما يوجبه الشرع و يقتضيه الدين و يتعارفه الناس (قوله من غير مطل) هو تأخير الحق والمغالطة به . وأصله المدمن مطل الحديدة اذا مدها (قوله فليس منى) أى ليس ممن يتخلق بخلقى ويعمل بعملى (قوله الوأد الخفى) هو القتل . والموءودة المدفونة حية . وكان ذلك فعل أهل الجاهلية . والذى يعزل يكره الولد فشبه به

غير مطل لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ اذا دعا أحدكم امرأته الى فراشه فأبت فبات وهو عليها ساخط لعنتها الملائكة حتى تصبح

﴿فصل﴾ ولا يجب عليها خدمته في الخبز والطحن والطبخ والغسل وغيرها من الخدم لان المعقود عليه من جهتها هو الاستمتاع فلا يلزمها ما سواه

﴿فصل﴾ وان كان له امرأتان أو أكثر فله أن يقسم لهن لأن النبي صلى الله عليه وسلم قسم لنسائه ولا يجب عليه ذلك لأن القسم لحقه فجاز له تركه واذا أراد أن يقسم لم يجز أن يبدأ بواحدة منهن من غير رضا البواقي الا بقرعة لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كانت له امرأتان يميل الى احداهما على الأخرى جاء يوم القيامة وأحد شقيه ساقط ولان البداءة باحداهما من غير قرعة تدعو الى النفور واذا قسم لواحدة بالقرعة أو بغير القرعة لزمه القضاء للبواقي لأنه اذا لم يقض مال فدخل في الوعيد

﴿فصل﴾ ويقسم المريض والمجبوب لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم في مرضه ولان القسم يراد للانس وذلك يحصل مع المرض والجب وان كان مجنونا لا يخاف منه طاف به الولي على نسائه لانه يحصل لهن به الانس ويقسم للحائض والنفساء والمريضة والمحرمة والمظاهر منها والمولى منها لأن القصد من القسم الايواء والانس وذلك يحصل مع هؤلاء وان كانت مجنونة لا يخاف منها قسم لها لانه يحصل لها الانس وان كان يخاف منها لم يقسم لها لانها لا تصلح للأنس

﴿فصل﴾ وان سافرت المرأة بغير اذن الزوج سقط حقها من القسم والنفقة لان القسم للانس والنفقة للتمكين من الاستمتاع وقد منعت ذلك بالسفر وان سافرت باذنه ففيه قولان أحدهما لا يسقط لأنها سافرت باذنه فأشبه اذا سافرت معه والثاني يسقط لان القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع وقد عدم الجميع فسقط ما تعلق به كالثمن لما وجب في مقابلة المبيع سقط بعدمه

﴿فصل﴾ وان اجتمع عنده حرة وأمة قسم للحرة ليلتين وللامة ليلة لما روى عن علي كرم الله وجهه أنه قال من نكح حرة على أمة فللحرة ليلتان وللامة ليلة والحق في قسم الامة لها دون المولى لانه يراد لحظها فلم يكن للمولى فيه حق فان قسم للحرة ليلتين ثم أعتقت الامة فان كان بعدما أوفاها حقها استأنف القسم لها لانهما تساويا بعد انقضاء القسم وان كان قبل أن يوفيها حقها أقام عندها ليلتين لانه لم يوفها حقها حتى صارت مساوية للحرة فوجب التسوية بينهما وان قسم للامة ليلة ثم أعتقت فان كان بعدما أوفى الحرة حقها سوى بينها وان كان قبل أن يوفى الحرة حقها لم يزد على ليلة لانهما تساويا فوجب التسوية بينهما

﴿فصل﴾ وعماد القسم الليل لقوله عز وجل وجعلنا الليل لباسا قيل في التفسير الايواء الى المساكن ولأن النهار للمعيشة والليل للسكون ولهذا قال الله تعالى ألم يروا أنا جعلنا الليل ليسكنوا فيه فان كانت معيشته بالليل فعماد قسمه النهار لأن نهاره كليل غيره والأولى أن يقسم ليلة ليلة اقتداء برسول الله ﷺ ولأن ذلك أقرب الى التسوية في ايفاء الحقوق فان قسم ليلتين أو ثلاثا جاز لأنه في حد القليل وان زاد على الثلاث لم يجز من غير رضاهن لأن فيه تغريرا بحقوقهن فان فعل ذلك لزمه القضاء للبواقي لأنه اذا قضى ما قسم بحق فلأن يقضي ما قسم بغير حق أولى واذا قسم لها ليلة كان لها الليلة وما يليها من النهار لما روت عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله ﷺ يقسم لكل امرأة يومها وليلتها غير أن سودة وهبت ليلتها لعائشة تبتغي بذلك رضى رسول الله ﷺ وروى عن عائشة رضي الله عنها قالت توفي رسول الله ﷺ في بيتي وفي يومي وبين سحري ونحري وجمع الله بين ريقي وريقه

﴿فصل﴾ والاولى أن يطوف الى نسائه في منازلهن اقتداء برسول الله ﷺ ولأن ذلك أحسن في العشرة وأصون لهن وله أن يقيم في موضع ويستدعي واحدة واحدة لأن المرأة تابعة للزوج في المكان ولهذا يجوز له أن ينقلها الى حيث شاء وان كان محبوسا في موضع فان أمكن حضورها فيه لم يسقط حقها من القسم لأنه يصلح للقسم فصار كالمنزل وان لم يمكن حضورها

(قوله وجعلنا الليل لباسا) أي يغطي ويستر كما يغطي اللباس ويستر (قوله بين سحري ونحري) السحر الرئة، وأرادت أنه

فيه سقط القسم لأنه تعذر الاجتماع لعذر وان كانت له امرأتان فى بلدين فأقام فى بلد احداهما فان لم يقم معها فى منزل لم يلزمه القضاء بالمقام فى بلد الأخرى لان المقام فى البلد معها ليس بقسم وان أقام معها فى منزلها لزمه القضاء للأخرى لأن القسم لا يسقط باختلاف البلاد كما لا يسقط باختلاف المحال

﴿ فصل ﴾ ويستحب لمن قسم أن يسوى بينهن فى الاستمتاع لأنه أكمل فى العدل فان لم يفعل جاز لأن الداعى الى الاستمتاع الشهوة والمحبة ولا يمكن التسوية بينهن فى ذلك ولهذا قال الله عز وجل ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم قال ابن عباس رضى الله عنه يعنى فى الحب والجماع وقالت عائشة رضى الله عنها كان رسول الله ﷺ يقسم بين نسائه ويعدل ثم يقول اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما تملكه ولا أملكه

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز أن يخرج فى ليلتها من عندها فان مرض غيرها من النساء وخاف أن يموت أو أكرهه السلطان جاز أن يخرج لأنه موضع ضرورة وعليه القضاء كما يترك الصلاة اذا أكره على تركها وعليه القضاء والأولى أن يقضيها فى الوقت الذى خرج لأنه أعدل وان خرج فى آخر الليل وقضاه فى أوله جاز لأن الجميع مقصود فى القسم فان دخل على غيرها بالليل فوطئها ثم عاد ففيه ثلاثة أوجه أحدها يلزمه القضاء بليلة لأن الجماع معظم المقصود والثانى يدخل عليها فى ليلة الموطوأة فيطؤها لأنه أقرب الى التسوية والثالث أنه لا يقضيها بشىء لأن الوطء غير مستحق فى القسم وقدره من الزمان لا ينضبط فسقط ويجوز أن يخرج فى نهارها للمعيشة ويدخل الى غيرها ليأخذ شيئا أو يترك شيئا ولا يطيل فان أطال لزمه القضاء لأنه ترك الايواء المقصود وان دخل الى غيرها لحاجة فقبلها جاز لما روت عائشة رضى الله عنها قالت ما كان يوم أو أقل يوم الا كان رسول الله ﷺ يطوف علينا جميعا ويقبل ويلمس فاذا جاء الى التى هو يومها أقام عندها ولا يجوز أن يطأها لأنه معظم المقصود فلا يجوز فى قسم غيرها فان وطئها وانصرف ففيه وجهان أحدهما انه يلزمه أن يخرج فى نهار الموطوأة ويطأها لأنه هو العدل والثانى لا يلزمه شىء لأن الوطء غير مستحق وقدره من الزمان لا ينضبط فسقط وان كان عنده امرأتان فقسم لاحداهما مدة ثم طلق الأخرى قبل أن يقضيها ثم تزوجها لزمه قضاء حقها لأنه تأخر القضاء لعذر وقد زال فوجب كما لو كان عليه دين فأعسر ثم أيسر

﴿ فصل ﴾ وان تزوج امرأة وعنده امرأتان أو ثلاث قطع الدور للجديدة فان كانت بكرا أقام عندها سبعا لما روى أبو قلابة عن أنس رضى الله عنه أنه قال من السنة أن يقيم عند البكر مع الثيب سبعا قال أنس ولو شئت أن أرفعه الى رسول الله ﷺ لرفعت وان كانت ثيبا أقام عندها ثلاثا أو سبعا لما روى أن النبى ﷺ تزوج أم سلمة رضى الله عنها وقال ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وان شئت ثلثت عندك ودرت فان أقام عند البكر سبعا لم يقض للباقيات شيئا وان أقام عند الثيب ثلاثا لم يقض فان أقام سبعا ففيه وجهان أحدهما يقضى السبع لقوله ﷺ ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن والثانى يقضى ما زاد على الثلاث لأن الثلاث مستحقة لها فلا يلزمه قضاؤها وان تزوج العبد أمة وعنده امرأة قضى للجديدة حق العقد وفى قدره وجهان قال أبو على بن أبى هريرة هى على النصف كما قلنا فى القسم الدائم وقال أبو اسحق هى كالحرة لأن قسم العقد حق للزوج فلم يختلف برقها وحريتها بخلاف القسم الدائم فانه حق لها فاختلف برقها وحريتها وان تزوج رجل امرأتين وزفتا اليه فى وقت واحد أقرع بينهما لتقديم حق العقد كما يقرع للتقديم فى القسم الدائم

﴿ فصل ﴾ وان أراد السفر بامرأة أو امرأتين أو ثلاث أقرع بينهن فمن خرجت عليها القرعة سافر بها لما روت عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله ﷺ اذا خرج أقرع بين نسائه فصارت القرعة على عائشة رضى الله عنها وحفصة رضى الله عنها فخرجتا معه جميعا ولا يجوز أن يسافر بواحدة من غير قرعة لأن ذلك ميل وترك للعدل وان سافر بامرأتين بالقرعة سوى بينهما فى القسم كما يسوى بينهما فى الحضر فان كان فى سفر طويل لم يلزمه القضاء للمقيمات لان عائشة رضى الله عنها لم تذكر القضاء ولأن المسافرة اختصت بمشقة السفر فاختصت بالقسم وان كان فى سفر قصير ففيه وجهان أحدهما لا يلزمه القضاء كما لا يلزمه فى السفر الطويل والثانى يلزمه لأنه فى حكم الحضر وان سافر ببعضهن بغير قرعة لزمه القضاء للمقيمات لانه قسم بغير قرعة فلزمه القضاء كما لو قسم لها فى الحضر وان سافر بامرأة بقرعة الى بلد ثم عن له سفر أبعد منه لم يلزمه القضاء لانه سفر واحد

مات وهو متكئ عليها صلى الله عليه وسلم (قوله زفتا اليه) الزفاف سير العروس الى زوجها وزففت العروس أزف بالضم

وقد أقرع له وان سافر بامرأة بالقرعة وانقضى سفره ثم أقام معها مدة لزمه أن يقضى المدة التى أقام معها بعد انقضاء السفر لأن القرعة انما تسقط القضاء فى قسم السفر وان كان عنده امرأتان ثم تزوج بامرأتين و زفتا اليه فى وقت واحد لزمه أن يقسم لهما حق العقد ولا يقدم احداهما من غير قرعة فان أراد السفر قبل أن يقسم لهما أقرع بين الجميع فان خرجت القرعة لاحدى القديمتين سافر بها فاذا قدم قضى حق العقد للجديدتين وان خرجت القرعة لاحدى الجديدتين سافر بها و يدخل حق العقد فى قسم السفر لان القصد من قسم العقد الالفة والاستمتاع وقد حصل ذلك وهل يلزمه أن يقضى للجديدة الاخرى حق العقد فيه وجهان أحدهما لا يلزمه كما لا يلزمه فى القسم الدائم والثانى يلزمه وهو قول أبى اسحاق لانه سافر بها بعد ما استحقت الاخرى حق العقد فلزمه القضاء كما لو كان عنده أربع نسوة فقسم للثلاث ثم سافر بغير الرابعة بالقرعة قبل قضاء حق الرابعة

﴿ فصل ﴾ و يجوز للمرأة أن تهب ليلتها لبعض ضرائرها لما روت عائشة رضى الله عنها أن سودة وهبت يومها وليلتها لعائشة رضى الله عنها تبتغى بذلك مرضاة رسول الله ﷺ ولا يجوز ذلك الا برضا الزوج لان حقه ثابت فى استمتاعها فلا تملك نقله الى غيرها من غير رضاه و يجوز من غير رضا الموهوب لها لانه زيادة فى حقها ومتى تقسم لها الليلة الموهوبة ففيه وجهان أحدهما تضم الى ليلتها لانه اجتمع لها ليلتان فلم يفرق بينهما والثانى تقسم لها فى الليلة التى كانت للواهبة لانها قائمة مقامها فقسم لها فى ليلتها و يجوز أن تهب ليلتها للزوج لان الحق بينهما فاذا تركت حقها صار للزوج ثم يجعلها الزوج لمن شاء من نسائه و يجوز أن تهب ليلتها لجميع ضرائرها فان كن ثلاثا صار القسم أثلاثا بين الثلاث وان وهبت ليلتها ثم رجعت لم يصح الرجوع فيما مضى لانه هبة اتصل بها القبض و يصح فى المستقبل لانها هبة لم يتصل بها القبض

﴿ فصل ﴾ وان كان له اماء لم يكن لهن حق فى القسم فان بات عند بعضهن لم يلزمه أن يقضى للباقيات لانه لا حق لهن فى استمتاع السيد ولهذا لا يجوز لهن مطالبته بالفيئة اذا حلف أن لا يطأهن ولا خيار لهن بجبه وتعنينه والمستحب أن لا يعطلهن لانه اذا عطلهن لم يأمن أن يفجرن وان كان عنده زوجات واماء فأقام عند الاماء لم يلزمه القضاء للزوجات لان القضاء يجب بقسم مستحق وقسم الاماء غير مستحق فلم يجب قضاؤه كما لو بات عند صديق له

﴿ باب النشوز ﴾

اذا ظهرت من المرأة أمارات النشوز وعظها لقوله تعالى واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن ولا يضربها لانه يجوز أن يكون ماظهر منها لضيق صدر من غير جهة الزوج وان تكرر منها النشوز فله أن يضربها لقوله عز وجل واضربوهن وان نشزت مرة ففيه قولان أحدهما أنه يهجرها ولا يضربها لان العقوبات تختلف باختلاف الجرائم ولهذا ما يستحق بالنشوز لا يستحق بخوف النشوز فكذلك ما يستحق بتكرر النشوز لا يستحق بنشوز مرة والثانى وهو الصحيح أنه يهجرها و يضربها لانه يجوز أن يهجرها للنشوز فجاز أن يضربها كما لو تكرر منها فأما الوعظ فهو أن يخوفها بالله عز وجل و بما يلحقها من الضرر بسقوط نفقتها وأما الهجران فهو أن يهجرها فى الفراش لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال فى قوله عز وجل واهجروهن فى المضاجع قال لا تضاجعها فى فراشك وأما الهجران بالكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لما روى أبو هريرة

زفا و زفافا وأزففتها وازدففتها (قوله لبعض ضرائرها) هو جمع ضرة وسميت بذلك لمخالفتها صاحبتها. والمضارة الاختلاف ومنه الحديث لا تضارون فى رؤيته أى لا تخالفون وقيل لان صاحبتها تستضر بها وتؤذيها

﴿ ومن باب النشوز ﴾

أصل النشوز الارتفاع والنشز المكان المرتفع. وقوله تعالى واللاتى تخافون نشوزهن أى عصيانهن وتعاليهن عما أوجب الله فكأنها ترتفع عن طاعة الزوج ولا تتواضع له (قوله تختلف باختلاف الجرائم) الجرم الذنب وجمعه أجرام والجريمة مثله يقال جرم وأجرم واجترم بمعنى. والجرائر الجنايات واحدها جريرة يقال جرّ عليه جريرة أى جناية

رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام وأما الضرب فهو أن يضرب بها ضربا غير مبرح ويتجنب المواضع المخوفة والمواضع المستحسنة لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال اتقوا الله فى النساء فانكم أخذتموهن بكتاب الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولأن القصد التأديب دون الاتلاف والتشويه

﴿ فصل ﴾ وان ظهرت من الرجل أمارات النشوز لمرض بها أو كبر سن ورأت أن تصالحه بترك بعض حقوقها من قسم وغيره جاز لقوله عزوجل وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا قالت عائشة رضى الله عنها أنزل الله عزوجل هذه الآية فى المرأة اذا دخلت فى السن فتجعل يومها لامرأة أخرى فان ادعى كل واحد منهما النشوز على الآخر أسكنهما الحاكم الى جنب ثقة ليعرف الظالم منهما فيمنع من الظلم فان بلغا الى الشتم والضرب بعث الحاكم حكمين للاصلاح أو التفريق لقوله عزوجل وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما واختلف قوله فى الحكمين فقال فى أحد القولين هما وكيلان فلا يملكان التفريق الا باذنهما لأن الطلاق الى الزوج وبذل المال الى الزوجة فلا يجوز الا باذنهما وقال فى القول الآخر هما حاكمان فلهما أن يفعلا ما يريان من الجمع والتفريق بعوض وغير عوض لقوله عزوجل فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها فسماهما حكمين ولم يعتبر رضا الزوجين وروى عبيدة أن عليا رضى الله عنه بعث رجلين فقال لهما أتريان ما عليكما عليكما ان رأيتما أن تجمعا جمعتما وان رأيتما أن تفرقا فرقتما فقال الرجل أما هذا فلا فقال كذبت لا والله ولا تبرح حتى ترضى بكتاب الله عزوجل لك وعليك فقالت المرأة رضيت بكتاب الله لى وعلىّ ولأنه وقع الشقاق واشتبه الظالم منهما فجاز التفريق بينهما من غير رضاهما كما لو قذفها وتلاعنا والمستحب أن يكون حكما من أهله وحكما من أهلها للآية ولأنه روى أنه وقع بين عقيل بن أبى طالب وبين زوجته شقاق وكانت من بنى أمية فبعث عثمان رضى الله عنه حكما من أهله وهو ابن عباس رضى الله عنه وحكما من أهلها وهو معاوية رضى الله عنه ولأن الحكمين من أهلهما أعرف بالحال وان كان من غير أهلهما جاز لأنهما فى أحد القولين وكيلان وفى الآخر حاكمان وفى الجميع يجوز أن يكونا من غير أهلهما ويجب أن يكونا ذكرين عدلين لأنهما فى أحد القولين حاكمان وفى الآخر وكيلان الا أنه يحتاج فيه الى الرأى والنظر فى الجمع والتفريق ولا يكمل لذلك الا ذكران عدلان فان قلنا انهما حاكمان لم يجز أن يكونا الا فقيهين وان قلنا انهما وكيلان جاز أن يكونا من العامة وان غاب الزوجان فان قلنا انهما وكيلان نفذ تصرفهما كما ينفذ تصرف الوكيل مع غيبة الموكل وان قلنا انهما حاكمان لم ينفذ حكمهما لأن الحكم للغائب لا يجوز وان جنا لم ينفذ حكم الحكمين لانهما فى أحد القولين وكيلان والوكالة تبطل بجنون الموكل وفى القول الآخر حاكمان الا أنهما يحكمان للشقاق وبالجنون زال الشقاق

﴿ كتاب الخلع ﴾

اذا كرهت المرأة زوجها لقبح منظر أو سوء عشرة وخافت أن لا تؤدى حقه جاز أن تخالعه على عوض لقوله عزوجل فان

(قوله ضربا غير مبرح) أى غير شاق ولا مؤذ يقال برح به الشوق أى اشتد به وجهده . والبرحاء شدة الشوق قال أصحابنا الفقهاء هو ضرب غير مدمن ولا مدم . والمدمن الدائم والمدمى الذى يخرج منه الدم (قوله دون الاتلاف والتشويه) هو القبح ومنه الحديث شاهت الوجوه أى قبحت يقال شاهت تشوه شوها . وشوهه الله فهو مشوه وفرس شوهاء صفة محمودة فيها ويقال يراد سعة أشداقها (قوله وان خفتم شقاق بينهما) أراد بالشقاق العداوة والخلاف ومنه قوله تعالى فى عزة وشقاق أى عداوة وخلاف . والشقاق بين الزوجين مخالفة كل واحد منهما صاحبه مأخوذ من الشق وهو الناحية فكأن كل واحد منهما قد صار فى ناحية وشق غير شق صاحبه . والحكم ههنا هو القائم بما يسند اليه عن الهروى

﴿ ومن كتاب الخلع ﴾

أصل الخلع من خلع القميص عن البدن وهو نزعه عنه وازالته لأنه يزيل النكاح بعد لزومه وكذا المرأة لباس للرجل وهو لباس لها . قال الله تعالى هن لباس لكم وأنتم لباس لهن فاذا تخالعا فقد نزع كل واحد منهما لباسه

خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت وروى أن جميلة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن الشماس وكان يضربها
فأتت الى النبي ﷺ وقالت لا أنا ولا ثابت وما أعطانى فقال رسول الله ﷺ خذ منها فأخذ منها فقعدت فى بيتها وان لم تكره
منه شيئا وتراضيا على الخلع من غير سبب جاز لقوله عز وجل فان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا ولانه رفع
عقد بالتراضى جعل لدفع الضرر فجاز من غير ضرر كالاقالة فى البيع وان ضربها أو منعها حقها طمعا فى أن تخالعه على شىء من
مالها لم يجز لقوله عز وجل ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة فان طلقها فى هذه الحال
على عوض لم يستحق العوض لانه عقد معاوضة أكرهت عليه بغير حق فلم يستحق فيه العوض كالبيع فان كان ذلك بعد
الدخول فله أن يراجعها لأن الرجعة انما تسقط بالعوض وقد سقط العوض فثبتت الرجعة فيه فان زنت فمنعها حقها لتخالعه على
شىء من مالها ففيه قولان أحدهما يجوز و يستحق فيه العوض لقوله عز وجل الا أن يأتين بفاحشة مبينة فدل على أنها
اذا أتت بفاحشة جاز عضلها ليأخذ شيئا من مالها والثانى أنه لا يجوز ولا يستحق فيه العوض لانه خلع أكرهت عليه بمنع الحق
فأشبه اذا منعها حقها لتخالعه من غير زنا فأما الآية فقد قيل انها منسوخة بآية الامساك فى البيوت وهى قوله تعالى فأمسكوهن
فى البيوت حتى يتوفاهن الموت ثم نسخ ذلك بالجلد والرجم ولانه روى عن قتادة أنه فسر الفاحشة بالنشوز فعلى هذا اذا كان
ذلك بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز للأب أن يطلق امرأة الابن الصغير بعوض وغير عوض لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال انما الطلاق
بيد الذى يحل له الفرج ولأن طريقه الشهوة فلم يدخل فى الولاية ولا يجوز أن يخلع البنت الصغيرة من الزوج بشىء من مالها لانه
يسقط بذلك حقها من المهر والنفقة والاستمتاع فان خالعها بشىء من مالها لم يستحق ذلك وان كان بعد الدخول فله أن يراجعها
لما ذكرناه ومن أصحابنا من قال اذا قلنا ان الذى بيده عقدة النكاح هو الولى فله أن يخالعها بالابراء من نصف مهرها وهذا خطأ لانه
انما يملك الابراء على هذا القول بعد الطلاق وهذا الابراء قبل الطلاق

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز للسفيهة أن تخالع بشىء من مالها لانها ليست من أهل التصرف فى مالها فان طلقها على شىء من مالها لم
يستحق ذلك كما لا يستحق ثمن ما باع منها فان كان بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه و يجوز للأمة أن تخالع زوجها على
عوض فى ذمتها و يجب دفع العوض من حيث يجب دفع المهر فى نكاح العبد لأن العوض فى الخلع كالمهر فى النكاح فوجب
من حيث يجب المهر

﴿ فصل ﴾ و يصح الخلع مع غير الزوجة وهو أن يقول رجل طلق امرأتك بألف على وقال أبو ثور لا يصح لان بذل العوض
فى مقابلة ما يحصل لغيره سفه ولذلك لا يجوز أن يقول لغيره بع عبدك من فلان بألف على وهذا خطأ لانه قد يكون له غرض وهو
أن يعلم أنهما على نكاح فاسد أو تخاصم دائم فيبذل العوض ليخلصهما طلبا للثواب كما يبذل العوض لاستنقاذ أسير أو حر
فى يد من يسترقه بغير حق و يخالف البيع فانه تمليك يفتقر الى رضا المشترى فلم يصح بالاجنبى والطلاق اسقاط حق لا يفتقر
الى رضا المرأة فصح بالمالك والاجنبى كالعتق بمال فان قال طلق امرأتك على مهرها وأنا ضامن فطلقها بانت ورجع الزوج
على الضامن بمهر المثل فى قوله الجديد و ببدل مهرها فى قوله القديم لانه أزال الملك عن البضع بمال ولم يسلم له وتعذر الرجوع الى
البضع فكان فيما يرجع اليه قولان كما قلنا فيمن أصدق امرأته مالا فتلف قبل القبض

﴿ فصل ﴾ و يجوز الخلع فى الحيض لأن المنع من الطلاق فى الحيض للضرر الذى يلحقها بتطويل العدة والخلع جعل
للضرر الذى يلحقها بسوء العشرة والتقصير فى حق الزوج والضرر بذلك أعظم من الضرر بتطويل العدة فجاز دفع أعظم
الضررين بأخفهما و يجوز الخلع من غير حاكم لأنه قطع عقد بالتراضى جعل لدفع الضرر فلم يفتقر الى الحاكم كالاقالة فى البيع

(قوله فكلوه هنيئا مريئا) أى أكلا هنيئا بطيب الانفس ونشاط القلب . يقال هنأنى الطعام و يهنؤنى فاذا لم
تذكر هنأنى قلت أمرأنى بالهمز أى انهضم . وقد هنأت الطعام اهنؤه هنأ . وقيل هنيئا لا اثم فيه ومريئا لاداء فيه ، وقيل
المرىء الذى تصلح عليه الاجسام وتنمى (قوله ولا تعضلوهن) أى تضيقوا عليهن يقال عضله اذا ضيق عليه وعضل
المرأة اذا منعها التزويج

﴿ فصل ﴾ ويصح الخلع بلفظ الخلع والطلاق فان خالعها بصريح الطلاق أو بالكناية مع النية فهو طلاق لأنه لا يحتمل غير الطلاق فان خالعها بصريح الخلع نظرت لان لم ينو به الطلاق ففيه ثلاثة أقوال أحدها أنه لا يقع به فرقة وهو قوله فى الام لأنه كناية فى الطلاق من غير نية فلم يقع بها فرقة كما لو عريت عن العوض والثانى أنه فسخ وهو قوله فى القديم لأنه جعل للفرقة فلا يجوز أن يكون طلاقا لأن الطلاق لا يقع الا بصريح أو كناية مع النية والخلع ليس بصريح فى الطلاق ولا معه نية الطلاق فوجب أن يكون فسخا والثالث أنه طلاق وهو قوله فى الاملاء وهو اختيار المزنى لأنهما تبذلت العوض للفرقة والفرقة التى يملك ايقاعها هى الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقا فان قلنا انه فسخ صح بصريحه وصريحه الخلع والمفاداة لأن المفاداة ورد بها القرآن والخلع ثبت له العرف فاذا خالعها بأحد هذين اللفظين انفسخ النكاح من غير نية وهل يصح الفسخ بالكناية كالمباراة والتحريم وسائر كنايات الطلاق فيه وجهان أحدهما لا يصح لأن الفسخ لا يصح تعليقه على الصفات فلم يصح بالكناية كالنكاح والثانى يصح لأنه أحد نوعى الفرقة فانقسم لفظها الى الصريح والكناية كالطلاق فعلى هذا اذا خالعها بشىء من الكنايات لم ينفسخ النكاح حتى ينويا واختلف أصحابنا فى لفظ الفسخ فمنهم من قال هو كناية لأنه لم يثبت له عرف فى فرقة النكاح ومنهم من قال هو صريح لأنه أبلغ فى معنى الفسخ من لفظ الخلع وان خالع بصريح الخلع ونوى به الطلاق فان قلنا بقوله فى الاملاء فهو طلاق لأنه اذا كان طلاقا من غير نية الطلاق فمع النية أولى وان قلنا بقوله فى الأم فهو طلاق لأنه كناية فى الطلاق اقترنت به نية الطلاق وان قلنا بقوله فى القديم ففيه وجهان أحدهما انه طلاق لأنه يحتمل الطلاق وقد اقترنت به نية الطلاق والثانى انه فسخ لأنه على هذا القول صريح فى فسخ النكاح فلا يجوز أن يكون كناية فى حكم آخر من النكاح كالطلاق لما كان صريحا فى فرقة النكاح لم يجز أن يكون كناية فى الظهار

﴿ فصل ﴾ ويصح الخلع منجزا بلفظ المعاوضة لما فيه من المعاوضة ويصح معلقا على شرط لما فيه من الطلاق فأما المنجز بلفظ المعاوضة فهو أن يوقع الفرقة بعوض وذلك مثل أن يقول طلقتك أو أنت طالق بألف وتقول المرأة قبلت كما تقول فى البيع بعتك هذا بألف ويقول المشترى قبلت أو تقول المرأة طلقنى بألف فيقول الزوج طلقتك كما يقول المشترى بعنى هذا بألف ويقول البائع بعتك ولا يحتاج أن يعيد فى الجواب ذكر الألف لأن الاطلاق يرجع اليه كما يرجع فى البيع ولا يصح الجواب فى هذا الا على الفور كما نقول فى البيع ويجوز للزوج أن يرجع فى الايجاب قبل القبول وللمرأة أن ترجع فى الاستدعاء قبل الطلاق كما يجوز فى البيع وأما غير المنجز فهو أن يعلق الطلاق على ضمان مال أو دفع مال فان كان بحرف ان بأن قال ان ضمنت لى ألفا فأنت طالق لم يصح الضمان الا على الفور لأنه لفظ شرط يحتمل الفور والتراخى الا أنه لما ذكر العوض صار تمليكا بعوض فاقتضى الجواب على الفور كالتمليك فى المعاوضات وان قال ان أعطيتنى ألفا فأنت طالق لم تصح العطية الا على الفور بحيث يصلح أن تكون جوابا لكلامه لأن العطية ههنا هى القبول ويكفى أن تحضر المال وتأذن فى قبضه أخذ أو لم يأخذ لأن اسم العطية يقع عليه وان لم يأخذ ولهذا يقال أعطيت فلانا مالا فلم يأخذه وان قالت طلقنى بألف فقال أنت طالق بألف ان شئت لم يقع الطلاق حتى توجد المشيئة لأنه أضاف الى ما التزمت المشيئة فلم يقع الا بها ولا تصح المشيئة الا بالقول وهو أن تقول على الفور شئت لأن المشيئة وان كانت بالقلب الا أنها لا تعرف الا بالقول فصار تقديره أنت طالق ان قلت شئت ويصح الرجوع قبل الضمان وقبل العطية وقبل المشيئة كما يجوز فيما عقد بلفظ المعاوضة وان كان بحرف متى وأى وقت بأن يقول متى ضمنت لى أو أى وقت ضمنت لى ألفا فأنت طالق جاز أن يوجد الضمان على الفور وعلى التراخى والفرق بينه وبين قوله ان ضمنت لى ألفا أن اللفظ هناك عام فى الزمانين ولهذا لو قال ان ضمنت لى الساعة أو ان ضمنت لى غدا جاز فلما اقترن به ذكر العوض جعلناه على الفور قياسا على المعاوضات والعموم يجوز تخصيصه بالقياس وليس كذلك قوله متى وأى وقت لأنه نص فى كل واحد من الزمانين صريح فى المنع من التعيين فى أحد الزمانين ولهذا لو قال أى وقت أعطيتنى الساعة كان محالا وما يقتضيه الصريح لا يترك بالقياس وان رجع الزوج فى هذا قبل القبول لم يصح لأن حكمه حكم الطلاق المعلق بالصفات دون المعاوضات وان كان بحرف اذا بأن قال اذا ضمنت لى ألفا فأنت طالق فقد ذكر جماعة من أصحابنا أن حكمه حكم قوله ان ضمنت لى فى اقتضاء الجواب على الفور وفى جواز الرجوع

(قوله وعلى التراخى) أى التوسع من غير تضييق من قولهم فلان رخى البال أى واسع الحال

فيه قبل القبول وعندى أن حكمه حكم متى وأى وقت لأنه يفيد ما يفيده متى وأى وقت ولهذا اذا قال متى ألقاك جاز أن يقول اذا شئت كما يجوز أن يقول متى شئت وأى وقت شئت بخلاف ان فانه لو قال متى ألقاك لم يجز أن يقول ان شئت

﴿ فصل ﴾ ويجوز الخلع بالقليل والكثير والدين والعين والمال والمنفعة لأنه عقد على منفعة البضع فجاز بما ذكرناه كالنكاح فان خالعها على أن تكفل ولده عشر سنين وبين مدة الرضاع وقدر النفقة وصفتها فالمنصوص أنه يصح فن أصحابنا من قال فيه قولان لأنها صفقة جمعت بيعا واجارة ومنهم من قال يصح قولا واحدا لأن الحاجة تدعو الى الجمع بينهما لأنه اذا أفرد أحدهما لم يمكنه أن يخالع على الآخر وفى غير الخلع يمكنه أن يفرد أحدهما ثم يعقد على الآخر وان مات الولد بعد الرضاع ففى النفقة وجهان أحدهما أنها تحل لأنها تأجلت لأجله وقد مات والثانى لا تحل لان الدين انما يحل بموت من عليه دون من له

﴿فصل﴾ وان خالعها خلعا منجزا على عوض ملك العوض بالعقد وضمن بالقبض كالصداق فان كان عينا فهلكت قبل القبض أو خرج مستحقا أو على عبد فخرج حرا أو على خل فخرج خمرا رجع الى مهر المثل فى قوله الجديد والى بدل المسمى فى قوله القديم كما قلنا فى الصداق وان خالعها على أن ترضع ولده فمات فهو كالعين اذا هلكت قبل القبض وان مات الولد ففيه قولان أحدهما يسقط الرضاع ولا يقوم غير الولد مقامه لأنه عقد على ايقاع منفعة فى عين فاذا تلفت العين لم يقم غيرها مقامها كما لو أكراه ظهرا المركوب فهلك الظهر فعلى هذا يرجع الى مهر المثل فى قوله الجديد والى أجرة الرضاع فى قوله القديم والقول الثانى انه لا يسقط الرضاع بل يأتيها بولد آخر لترضعه لأن المنفعة باقية وان مات المستوفى قام غيره مقامه كما لو اكترى ظهرا ومات فان الوارث يقوم مقامه فعلى هذا ان لم يأت بولد آخر حتى مضت المدة ففيه وجهان أحدهما لا يرجع عليها لأنها مكنته من الاستيفاء فأشبه اذا أجرته دارا وسلمتها اليه فلم يسكنها والثانى يرجع عليها لان المعقود عليه تحت يدها فتلف من ضمانها كما لو باعت منه شيئا وتلف قبل أن يسلم فعلى هذا يرجع بمهر المثل فى قوله الجديد وبأجرة الرضاع فى قوله القديم وان خالعها على خياطة ثوب فتلف الثوب فهل تسقط الخياطة أو يأتيها بثوب آخر لتخيطه فيه وجهان بناء على القولين فى الرضاع

﴿ فصل ﴾ ويجوز رد العوض فيه بالعيب لان اطلاق العقد يقتضى السلامة من العيب فثبت فيه الرد بالعيب كالمبيع والصداق فان كان العقد على عين بأن طلقها على ثوب أو قال ان أعطيتنى هذا الثوب فأنت طالق فأعطته ووجد به عيبا فرده رجع الى مهر المثل فى قوله الجديد والى بدل العين سليما فى قوله القديم كما ذكرناه فى الصداق وان كان الخلع منجزا على عوض موصوف فى الذمة فأعطته ووجده معيبا فرده طالب بمثله سليما كما قلنا فيمن أسلم فى ثوب وقبضه ووجده معيبا فرده وان قال ان دفعت الى عبدا من صفته كذا وكذا فأنت طالق فدفعت اليه عبدا على تلك الصفة طلقت فان وجده معيبا فرده رجع فى قوله الجديد الى مهر المثل والى بدل العبد فى قوله القديم لانه تعين بالطلاق فصار كما لو خالعها على عين فردها بالعيب ويخالف اذا كان موصوفا فى الذمة فى خلع منجز فقبضه ووجد به عيبا فرده لانه لم يتعين بالعقد ولا بالطلاق فرجع الى ما فى الذمة وان خالعها على عين على أنها على صفة فخرجت على دون تلك الصفة ثبت له الرد كما قلنا فى البيع فاذا رده رجع الى مهر المثل فى أحد القولين والى بدل المشروط فى القول الآخر كما قلنا فيما رده بالعيب

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز الخلع على محرم ولا على ما فيه غرر كالمجهول ولا ما لم يتم ملكه عليه ولا ما لا يقدر على تسليمه لانه عقد معاوضة فلم يجز على ما ذكرناه كالبيع والنكاح فان طلقها على شىء من ذلك وقع الطلاق لان الطلاق يصح مع عدم العوض فصح مع فساده كالنكاح ويرجع عليها بمهر المثل لانه تعذر رد البضع فوجب رد بدله كما قلنا فيمن تزوج على خمر أو خنزير فان خالعها بشرط فاسد بأن قالت طلقنى بألف بشرط أن تطلق ضرتى فطلقها وقع الطلاق ويرجع عليها بمهر المثل لان الشرط فاسد فاذا سقط وجب اسقاط ما زيد فى البدل لاجله وهو مجهول فصار العوض فيه مجهولا فوجب مهر المثل فان قال اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق على ألف ففيه وجهان أحدهما يصح لانه تعليق طلاق بشرط والثانى لا يصح لانه عقد معاوضة فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع فعلى هذا اذا وجد الشرط وقع الطلاق ورجع عليها بمهر المثل

(قوله على أن تكفل ولده) أى تربيه وتحضنه وقد ذكرناه (قوله منجزا) أى معجلا غير مؤجل

﴿ فصل ﴾ فاذا خالع امرأته لم يلحقها ما بقي من عدد الطلاق لانه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالاجنبية ولا يملك رجعتها فى العدة وقال أبو ثور ان كان بلفظ الطلاق فله أن يراجعها لان الرجعة من مقتضى الطلاق فلم يسقط بالعوض كالولاء فى العتق وهذا خطأ لانه يبطل به اذا وهب بعوض فان الرجوع من مقتضى الهبة وقد سقط بالعوض ويخالف الولاء فان باثباته لا يملك ما اعتاض عليه من الرق وباثبات الرجعة يملك ما اعتاض عليه من البضع

﴿ فصل ﴾ وان طلقها بدينار على أن له الرجعة سقط الدينار وثبتت له الرجعة وقال المزنى يسقط الدينار والرجعة ويجب مهر المثل كما قال الشافعى فيمن خالع امرأة على عوض وشرطت المرأة أنها متى شاءت استرجعت العوض وثبتت الرجعة أن العوض يسقط ولا تثبت الرجعة وهذا خطأ لان الدينار والرجعة شرطان متعارضان فسقطا وبقى طلاق مجرد فثبتت معه الرجعة فأما المسألة التى ذكرها الشافعى رحمه الله فقد اختلف أصحابنا فيها فمنهم من نقل جواب كل واحدة منهما الى الاخرى وجعلهما على قولين ومنهم من قال لا تثبت الرجعة هناك لانه قطع الرجعة فى الحال وانما شرطت أن تعود فلم تعد وههنا لم يقطع الرجعة فثبتت

﴿ فصل ﴾ وان وكلت المرأة فى الخلع ولم تقدر العوض فخالع الوكيل بأكثر من مهر المثل لم يلزمها الا مهر المثل لان المسمى عوض فاسد بمقتضى الوكالة فسقط ولزم مهر المثل كما لو خالعها الزوج على عوض فاسد فان قدرت العوض بمائة فخالع عنها على أكثر منها ففيه قولان أحدهما يلزمها مهر المثل لما ذكرناه والثانى يلزمها أكثر الامرين من مهر المثل أو المائة فان كان مهر المثل أكثر وجب لان المسمى سقط لفساده ووجب مهر المثل وان كانت المائة أكثر وجبت لانها رضيت بها وأما الوكيل فانه ان ضمن العوض فى ذمته رجع الزوج عليه بالزيادة لانه ضمنها بالعقد وان لم يضمن بأن أضاف الى مال الزوجة لم يرجع عليه بشىء فان خالع على خمر أو خنزير وجب مهر المثل لان المسمى سقط فوجب مهر المثل فان وكل الزوج فى الخلع ولم يقدر العوض فخالع الوكيل بأقل من مهر المثل فقد نص فيه على قولين قال فى الاملاء يقع ويرجع عليه بمهر المثل وقال فى الأم الزوج بالخيار بين أن يرضى بهذا العوض ويكون الطلاق بائنا وبين أن يرده ويكون الطلاق رجعيا وقال فيمن وكل وقدر العوض فخالع على أقل منه ان الطلاق لا يقع فمن أصحابنا من نقل القولين فى الوكالة المطلقة الى الوكالة التى قدر فيها العوض والقول فى الوكالة التى قدر فيها العوض الى الوكالة المطلقة وهو الصحيح عندى لأن الوكالة المطلقة تقتضى المنع من النقصان عن مهر المثل كما تقتضى الوكالة التى قدر فيها العوض المنع من النقصان عن المقدر فيكون فى المسئلتين ثلاثة أقوال أحدها أنه لا يقع الطلاق لانه طلاق أوقعه على غير الوجه المأذون فيه فلم يقع كما لو وكله فى الطلاق فى يوم فأوقعه فى يوم آخر والثانى انه يقع الطلاق بائنا ويجب مهر المثل لان الطلاق مأذون فيه فاذا وقع لم يرد والمسمى فاسد فوجب مهر المثل كما لو خالعها الزوج على عوض فاسد والثالث أن الطلاق يقع لانه مأذون فيه وانما قصر فى البدل فثبت له الخيار بين أن يرضى بهذا العوض ويكون الطلاق بائنا وبين أن يرده ويكون الطلاق رجعيا لانه لا يمكن اجبار الزوج على المسمى لانه دون المأذون فيه ولا يمكن اجبارها على مهر المثل فيما أطلق ولا على الذى نص عليه من المقدر لانها لم ترض به فخير بين الأمرين ليزول الضرر عنهما ومن أصحابنا من قال فيما قدر العوض فيه لا يقع الطلاق لأنه خالف نصه وفيما أطلق يقع الطلاق لانه لم يخالف نصه وانما خالفه من جهة الاجتهاد وهذا يبطل بالوكيل فى البيع فانه لا فرق بين أن يقدر له الثمن فباع بأقل منه وبين أن يطلق فباع بما دون ثمن المثل وان خالعها على خمر أو خنزير لم يقع الطلاق لأنه طلاق غير مأذون فيه ويخالف وكيل المرأة فانه لا يوقع الطلاق وانما يقبله فاذا كان العوض فاسدا سقط ورجع الى مهر المثل

﴿فصل﴾ واذا خالع امرأة فى مرضه ومات لم يعتبر البدل من الثلث سواء حابى أو لم يحاب لانه لا حق للورثة فى بضع المرأة ولهذا لو طلق من غير عوض لم تعتبر قيمة البضع من الثلث فان خالعت المرأة زوجها فى مرضها وماتت فان لم يزد العوض على مهر المثل اعتبر من رأس المال لان الذى بذلت بقيمة ما ملكته فأشبه اذا اشترت متاعا بثمن المثل وان زاد على مهر المثل اعتبرت الزيادة

(قوله الرجعة) مأخوذة من الرجوع الى الشىء بعد تركه مستعمل معروف (قوله الطلاق بائنا) مأخوذ من البين وهو الفرقة والبعيد يقال بان يبين اذا فارق موضعه وزايله

من الثلث لانه لايقابلها بدل فاعتبرت من الثلث كالهبة فان خالعت على عبد قيمته مائة ومهر مثلها خمسون فقد حابت بنصفه فان لم يخرج النصف من الثلث بأن كان عليها ديون تستغرق قيمة العبد فالزوج بالخيار بين أن يقر العقد فى العبد فيستحق نصفه وبين أن يفسخ العقد فيه ويستحق مهر المثل ويضرب به مع الغرماء لان الصفقة تبعضت عليه وان خرج النصف من الثلث أخذ جميع العبد نصفه بمهر المثل ونصفه بالمحاباة ومن أصحابنا من قال هو بالخيار بين أن يقر العقد فى العبد وبين أن يفسخ العقد فيه ويستحق مهر المثل لانه تبعضت عليه الصفقة من طريق الحكم لانه دخل على أن يكون جميع العبد له عوضا وقد صار نصفه عوضا ونصفه وصية والمذهب الاول لان الخيار انما يثبت بتبعيض الصفقة لما يلحقه من الضرر لسوء المشاركة ولا ضرر عليه ههنا لانه صار جميع العبد له فلم يثبت له الخيار

﴿ باب جامع فى الخلع ﴾

اذا قالت المرأة للزوج طلقنى على ألف فقال خالعتك أو حرمتك أو أبنتك على ألف ونوى الطلاق صح الخلع وقال أبو على بن خيران لا يصح لانها سألت الطلاق بالصريح فأجاب بالكناية والمذهب الاول لأنها استدعت الطلاق والكناية مع النية طلاق فان قالت طلقنى بألف فقال خالعتك بألف ولم ينو الطلاق وقلنا ان الخلع فسخ لم يستحق العوض لانها استدعت فرقة ينقص بها العدد ولم يجبها الى ذلك فان قالت اخلعنى فقال طلقتك وقلنا ان الخلع فسخ ففيه وجهان أحدهما لا يصح لانه لم يجب الى ما سألت فهو كالقسم قبله والثانى يصح وهو المذهب لانها استدعت فرقة لا ينقص بها العدد فأجاب الى فرقة ينقص بها العدد فحصل لها ما طلبت وزيادة

﴿ فصل ﴾ وان قالت طلقنى ثلاثا ولك على ألف فطلقها طلقة استحق ثلث الألف لانها جعلت الألف فى مقابلة الثلاث فكان فى مقابلة كل طلقة ثلث الألف وان طلقها طلقة ونصفا ففيه وجهان أحدهما يستحق ثلثى الالف لانها طلقت طلقتين والثانى يستحق نصف الالف لانه أوقع نصف الثلاث وانما كملت بالشرع لا بفعله فان قال ان أعطيتنى ألفا فأنت طالق ثلاثا فأعطته بعض الالف لم يقع شىء لان ما كان من جهته طريقه الصفات ولم توجد الصفة فلم يقع وما كان من جهتها طريقه الأعواض فقسم على عدد الطلاق وان بقيت له على امرأته طلقة فقالت له طلقنى ثلاثا ولك على ألف فطلقها واحدة فالمنصوص أنه يستحق الألف واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس وأبو اسحق المسألة مفروضة فى امرأة علمت انه لم يبق لها الا طلقة فيكون معنى قولها طلقنى ثلاثا أى كمل لى الثلاث كرجل أعطى رجلا نصف درهم فقال له أعطنى درهما أى كمل لى درهما وأما اذا ظنت أن لها الثلاث لم يجب أكثر من ثلث الألف لانها بذلت الألف فى مقابلة الثلاث فوجب أن يكون لكل طلقة ثلث الألف ومن أصحابنا من قال يستحق الالف بكل حال لان القصد من الثلاث تحريمها الى أن تنكح زوجا غيره وذلك يحصل بهذه الطلقة فاستحق بها الجميع وقال المزنى رحمه الله لا يستحق الا ثلث الألف علمت أو لم تعلم لأن التحريم يتعلق بها وبطلقتين قبلها كما اذا شرب ثلاثة أقداح فسكر كان السكر بالثلاث واذا فقأ عين الأعور كان العمى بفقء الباقية وبالمفقوءة قبلها وهذا خطأ لأن لكل قدح تأثيرا فى السكر ولذهاب العين الاولى تأثيرا فى العمى ولا تأثير للاولى والثانية فى التحريم لانه لو كان لهما تأثير فى التحريم لكمل لانه لا يتبعض وان ملك عليها ثلاث تطليقات فقالت له طلقنى طلقة بألف فطلقها ثلاثا استحق الألف لانه فعل ما طلبته وزيادة فصار كما لو قال من رد عبدى فلانا فله دينار فرده مع عبد آخر بين فان قالت طلقنى عشرا بألف فطلقها واحدة ففيه وجهان أحدهما يجب له عشر الالف لانها جعلت لكل طلقة عشر الألف والثانى يجب له ثلث الألف لان ما زاد على الثلاث لا يتعلق به حكم وان طلقها ثلاثا فله على الوجه الاول ثلاثة أعشار الألف وعلى الوجه الثانى له جميع الالف وان بقيت له طلقة فقالت له طلقنى ثلاثا على ألف طلقة أحرم بها عليك وطلقتين فى نكاح آخر اذا نكحتنى فطلقها ثلاثا وقعت طلقة ولا يصح ما زاد لانه سلف فى الطلاق ولانه طلاق قبل النكاح فان قلنا ان الصفقة لا تفرق سقط المسمى ووجب مهر المثل وان قلنا تفرق الصفقة ففيما يستحق قولان أحدهما ثلث الألف والثانى جميع الألف كما قلنا فى البيع

﴿ باب جامع فى الخلع ﴾

(قوله واذا فقأ عين الأعور) يقال فقأ عينه فقأ وفقأها تفقئة اذا بخقتها وشققتها

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق على ألف وطالق وطالق لم تقع الثانية والثالثة لانها بانت بالاولى وان قال أنت طالق وطالق وطالق على ألف وقال أردت الاولى بالألف لم يقع مابعدها لانها بانت بالاولى وان قال أردت الثانية بالالف فان قلنا يصح خلع الرجعية وقعت الأولى رجعية و بانت الثانية ولم تقع الثالثة وان قلنا لايصح خلع الرجعية وقعت الأولى رجعية والثانية رجعية وبانت بالثالثة وان قال أردت الثالثة بالألف فقد ذكر بعض أصحابنا أنه يصح و يستحق الالف قولا واحدا لانه يحصل بالثالثة من التحريم مالايحصل بغيرها وعندى أنه لايستحق الألف على القول الذي يقول انه لايصح خلع الرجعية لان الخلع يصادف رجعية وان قال أردت الثلاث بالألف لم تقع الثانية والثالثة لان الاولى وقعت بثلث الالف و بانت بها فلم يقع مابعدها

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق وعليك ألف طلقت ولا يستحق عليها شيئا لأنه أوقع الطلاق من غير عوض ثم استأنف ايجاب العوض من غير طلاق فان كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجع لانه طلق من غير عوض وان قال أنت طالق على أن عليك ألفا فقبلت صح الخلع ووجب المال لان تقديره أنت طالق على ألف فاذا قبلت وقع الطلاق ووجب المال

﴿فصل﴾ اذا قال ان دفعت الى ألف درهم فأنت طالق فان نو ياصنفا من الدراهم صح الخلع وحمل الالف على مانو يا لانه عوض معلوم وان لم ينو ياصنفا نظرت فان كان فى موضع فيه نقد غالب حمل العقد عليه لان اطلاق العوض يقتضى نقد البلد كما نقول فى البيع وان لم يكن فيه نقد غالب فدفعت اليه ألف درهم بالعدد دون الوزن لم تطلق لان الدراهم فى عرف الشرع بالوزن وان دفعت اليه ألف درهم نقرة لم تطلق لانه لايطلق اسم الدراهم على النقرة وان دفعت اليه ألف درهم فضة طلقت لوجود الصفة و يجب ردها لان العقد وقع على عوض مجهول و يرجع بمهر المثل لانه تعذر الرجوع الى المعوض فوجب بدله وان دفعت اليه دراهم مغشوشة فان كانت الفضة فيها تبلغ ألف درهم طلقت لوجود الصفة وان كانت الفضة فيها ألف درهم لم تطلق لان الدراهم لا تطلق الا على الفضة

﴿فصل﴾ وان قال ان أعطيتنى عبدا فأنت طالق فأعطته عبدا تملكه طلقت سليما كان أو معيبا قنا كان أو مدبرا لان اسم العبد يقع عليه و يجب رده والرجوع بمهر المثل لانه عقد وقع على مجهول وان دفعت اليه مكاتبا أو مغصو با لم تطلق لانها لاتملك العقد عليه وان قال ان أعطيتنى هذا العبد فأنت طالق فأعطته وهو مغصوب ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على ابن أبى هريرة انها لا تطلق كما لو خالعها على عبد غير معين فأعطته عبدا مغصو با والثانى وهو المذهب انها تطلق لأنها أعطته ماعينه و يخالف اذا خالعها على عبد غير معين لان هناك أطلق العقد فحمل على مايقتضيه العقد والعقد يقتضى دفع عبد تملكه

﴿فصل﴾ وان اختلف الزوجان فقال الزوج طلقتك على مال وأنكرت المرأة بانت باقراره ولم يلزمها المال لان الأصل عدمه وان قال طلقتك بعوض فقالت طلقتنى بعوض بعد مضى الخيار بانت باقراره والقول فى العوض قولها لان الاصل براءة ذمتها وان اختلفا فى قدر العوض أو فى عينه أو فى صفته أو فى تعجيله أو فى تأجيله تحالفا لانه عوض فى عقد معاوضة فتحالفا فيه على ماذكرناه كالبيع فاذا تحالفا لم يرتفع الطلاق وسقط المسمى ووجب مهر المثل كما لو اختلفا فى ثمن السلعة بعد ماتلفت فى يد المشترى وان خالعها على ألف درهم واختلفا فيما نو يا فادعى أحدهما صنفا وادعى الآخر صنفا آخر تحالفا ومن أصحابنا من قال لايصح للاختلاف فى النية لان ضمائر القلوب لا تعلم والاول هو المذهب لانه لما جاز أن تكون النية كاللفظ فى صحة العقد عند الاتفاق وجب أن تكون كاللفظ عند الاختلاف ولانه قد يكون بينهما أمارات يعرف بها ما فى القلوب ولهذا يصح الاختلاف فى كنايات القذف والطلاق وان قال أحدهما خالعت على ألف درهم وقال الآخر خالعت على ألف مطلق تحالفا لان أحدهما يدعى الدراهم والآخر يدعى مهر المثل وان بقيت له طلقة فقالت له طلقنى ثلاثا على ألف فطلقها قلنا انها ان علمت مابقى استحق الالف وان لم تعلم

(قوله فان نو ياصنفا من الدراهم) أى نوعا يقال صنف وصنف بالفتح والكسر (قوله ألف درهم نقرة) أراد ههنا غير مسكوكة

(قوله بينهما أمارات) أى علامات ووقت واحدتها أمارة و يقال أيضا أمارة وأمار وأنشد الاصمعى للعجاج

اذ ردها بكيده فارتدت * الى أمار وأمار مدتى

لم يستحق الاثلث الالف وان اختلفا فقالت المرأة لم أعلم وقال الزوج بل علمت تحالفا ورجع الزوج الى مهر المثل لانه اختلاف فى عوض الطلقة وهى تقول بذلت ثلث الالف فى مقابلتها وهو يقول بذلت الالف

﴿ فصل ﴾ وان قال خالعتك على ألف وقالت بل خالعت غيرى بانت المرأة لاتفاقهما على الخلع والقول فى العوض قولها لانه يدعى عليها حقا والاصل عدمه وان قال خالعتك على ألف وقالت خالعتنى على ألف ضمنها عنى زيد لزمها الالف لانها أقرت به ولاشيء على زيد الا أن يقر به وان قال خالعتك على ألف فى ذمتك فقالت بل خالعتنى على ألف لى فى ذمة زيد تحالفا لان الزوج يدعى عوضا فى ذمتها وهى تدعى عوضا فى ذمة غيرها وصار كما لو ادعى أحدهما أن العوض عنده وادعى آخر أنه عند آخر

﴿ كتاب الطلاق ﴾

يصح الطلاق من كل زوج بالغ عاقل مختار فأما غير الزوج فلا يصح طلاقه وان قال اذا تزوجت امرأة فهى طالق لم يصح لما روى المسور بن مخرمة أن النبى ﷺ قال لاطلاق قبل نكاح ولاعتق قبل ملك وأما الصبى فلا يصح طلاقه لقوله ﷺ رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق فأما من لايعقل فانه ان لم يعقل بسبب يعذر فيه كالنائم والمجنون والمريض ومن شرب دواء للتداوى فزال عقله أو أكره على شرب الخمر حتى سكر لم يقع طلاقه لانه نص فى الخبر على النائم والمجنون وقسنا عليهما الباقين وان لم يعقل بسبب لايعذر فيه كمن شرب الخمر لغير عذر فسكر أو شرب دواء لغير حاجة فزال عقله فالمنصوص فى السكران أنه يصح طلاقه وروى المزنى أنه قال فى القديم لايصح ظهاره والطلاق والظهار واحد فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما لايصح وهو اختيار المزنى وأبى ثور لانه زائل العقل فأشبه النائم أو مفقود الارادة فأشبه المكره والثانى أنه يصح وهو الصحيح لما روى أبو وبرة الكلبى قال أرسلنى خالد بن الوليد الى عمر رضى الله عنه فأتيته فى المسجد ومعه عثمان وعلى وعبد الرحمن وطلحة والزبير رضى الله عنهم فقلت ان خالدا يقول ان الناس قد انهمكوا فى الخمر وتحاقروا العقوبة فقال عمر هم هؤلاء عندك فاسألهم فقال على عليه السلام نراه اذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون جلدة فقال عمر أبلغ صاحبك ماقال فجعلوه كالصاحى ومنهم من قال يصح طلاقه قولا واحدا ولعل مارواه المزنى حكاه الشافعى رحمه الله عن غيره وفى علته ثلاثة أوجه أحدها وهو قول أبى العباس ان سكره لايعلم الا منه وهو متهم فى دعوى السكر لفسقه فعلى هذا يقع الطلاق فى الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل والثانى أنه يقع طلاقه تغليظا عليه لمعصيته فعلى هذا يصح مافيه تغليظ عليه كالطلاق والعتق والردة ومايوجب الحد ولا يصح مافيه تخفيف كالنكاح والرجعة وقبول الهبات والثالث

﴿ ومن كتاب الطلاق ﴾

الطلاق والاطلاق ضد الحبس وهو التخلية بعد اللزوم والامساك يقال طلقت المرأة وطلقت بفتح اللام وضمها والفتح أفصح قال الاخفش لايقال طلقت بالضم ويقال فى وجع الولادة طلقت طلقا فهى طالق بغير هاء أى ذات طلق كما يقال حائض أى ذات حيض وقيل لانها صفة تختص بالمؤنث لايشاركها فيه المذكر فحذفت منه العلامة وربما قالوا طالقة بالهاء قال الأعشى

أجارتنا بينى فانك طالقه * كذاك أمور الناس غاد وطارقه

(قوله انهمكوا فى الخمر) يقال انهمك فلان فى الامر أى جد ولج وكذلك تهمك فى الامر . وتحاقروا العقوبة استصغروها . والحقير الصغير . ومحقرات الذنوب صغارها (قوله اذا سكر هذى) يقال هذى فى منطقه يهذى ويهذو . وهذا هذيانا اذا كثر كلامه وقلت فائدته واذا هذى افترى أى كذب . والافتراء والفرية الكذب وأصله الخلق من فريت المزادة اذا خلقتها وصنعتها كأنه اختلق الكذب أى صنعه وابتدأه

أنه لما كان سكره بمعصية أسقط حكمه فجعل كالصاحي فعلى هذا يصح منه الجميع وهذا هو الصحيح لان الشافعي رحمه الله نص على صحة رجعته

﴿فصل﴾ وأما المكره فانه ينظر فان كان اكراهه بحق كالمولى اذا أكرهه الحاكم على الطلاق وقع طلاقه لأنه قول حمل عليه بحق فصح كالحربي اذا أكره على الاسلام وان كان بغير حق لم يصح لقوله ﷺ رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولانه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح كالمسلم اذا أكره على كلمة الكفر ولا يصير مكرها الا بثلاثة شروط أحدها أن يكون المكره قاهرا له لا يقدر على دفعه والثاني أن يغلب على ظنه أن الذي يخافه من جهته يقع به والثالث أن يكون ما يهدده به مما يلحقه ضرر به كالقتل والقطع والضرب المبرح والحبس الطويل والاستخفاف بمن يغض منه ذلك من ذوي الاقدار لانه يصير مكرها بذلك وأما الضرب القليل في حق من لا يبالي به والاستخفاف بمن لا يغض منه أو أخذ القليل من المال ممن لا يتبين عليه أو الحبس القليل فليس باكراه وأما النفي فان كان فيه تفريق بينه وبين الاهل فهو اكراه وان لم يكن فيه تفريق بينه وبين الاهل ففيه وجهان أحدهما أنه اكراه لأنه جعل النفي عقوبة كالحد ولانه تلحقه الوحشة بمفارقة الوطن والثاني ليس باكراه لتساوي البلاد في حقه واذا أكره على الطلاق فنوى الايقاع ففيه وجهان أحدهما لا يقع لأن اللفظ يسقط حكمه بالاكراه وبقيت النية من غير لفظ فلم يقع بها الطلاق والثاني أنه يقع لأنه صار بالنية مختارا

﴿فصل﴾ وان قال الأعجمي لامرأته أنت طالق وهو لا يعرف معناه ولا نوى موجبه لم يقع الطلاق كما لو تكلم بكلمة الكفر وهو لا يعرف معناه ولم يرد موجبه وان أراد موجبه بالعربية ففيه وجهان أحدهما وهو قول الماوردي البصري أنه يقع لانه قصد موجبه فلزمه حكمه والثاني وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني رحمه الله أنه لا يصح كما لا يصير كافرا اذا تكلم بكلمة الكفر وأراد موجبه بالعربية

﴿فصل﴾ ويملك الحر ثلاث تطليقات. لما روى أبو رزين الأسدي قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أرأيت قول الله عز وجل الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان فأين الثالثة قال تسريح باحسان الثالثة ويملك العبد طلقتين لما روى الشافعي رحمه الله أن مكاتبا لأم سلمة طلق امرأته وهي حرة تطليقتين وأراد أن يراجعها فأمره أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأتي عثمان رضي الله عنه فيسأله فذهب اليه فوجده آخذا بيد زيد بن ثابت فسألهما عن ذلك فابتدراه وقالا حرمت عليك حرمت عليك

﴿فصل﴾ ويقع الطلاق على أربعة أوجه واجب ومستحب ومحرم ومكروه فأما الواجب فهو في حالتين أحدهما اذا وقع الشقاق ورأى الحكمان الطلاق وقد بيناه في النشوز والثاني اذا آلى منها ولم يفئ اليها وقد ذكره في الايلاء ان شاء الله تعالى وأما المستحب فهو في حالتين احداهما اذا كان يقصر في حقها في العشرة أو في غيرها فالمستحب أن يطلقها لقوله عز وجل فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ولانه اذا لم يطلقها في هذه الحال لم يؤمن أن يفضي الى الشقاق أو الى الفساد والثاني أن لا تكون المرأة عفيفة فالمستحب أن يطلقها لما روي أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال ان امرأتي لا ترد يد لامس فقال النبي ﷺ طلقها ولأنه لا يأمن أن تفسد عليه الفراش وتلحق به نسبا ليس منه

(قوله حمل عليه) أي كلف وجبر ومنه قولهم ما حملك على ما صنعته. الضرب المبرح الشاق المؤذي وقد ذكر (قوله الاستخفاف بمن يغض منه) يقال غض منه يغض بالضم أي وضع ونقص من قدره يقال ليس عليك في هذا الأمر غضاضة أي ذلة ومنقصة (قوله ذوي الاقدار) القدر المنزلة الرفيعة والشرف (قوله بينه وبين الاهل) الاهل هنا القرابة والاخوان الذين يسكن اليهم والاهل أيضا الزوجة يقال أهل يأهل وتأهل أهولا أي تزوج وقولهم مرحبا وأهلا أي أتيت سعة وأتيت أهلا فاستأنس ولا تستوحش (قوله أو تسريح باحسان) تسريح المرأة طلاقها وهو مأخوذ من تسريح الماشية اذا تركتها ترعى وأرسلتها ولم تحبسها وتمسكها والاسم السراح مثل التبليغ والبلاغ وفي المثل السراح من النجاح أي اذا لم تقدر على قضاء حاجة الرجل فآيسه فان ذلك بمنزلة الاسعاف. فابتدراه أي استبقا الى الجواب يقال بدره أي سبقه (قوله اذا وقع الشقاق) قد ذكر أنه العداوة والاختلاف (قوله لا ترد يد لامس) اي لا تمنع من يطلبها للجماع ولهذا كنى عنه بالمس والمس ولذلك قال له طلقها والالتماس الطلب

﴿فصل﴾ وأما المحرم فهو طلاق البدعة وهو اثنان أحدهما طلاق المدخول بها في حال الحيض من غير حمل والثاني طلاق من يجوز أن تحبل في الطهر الذي جامعها فيه قبل أن يستبين الحمل والدليل عليه ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه طلق امرأته وهي حائض فأمره رسول الله ﷺ أن يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض عنده مرة أخرى ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض عنده أخرى ثم يمسكها حتى تطهر من حيضها فاذا أراد أن يطلقها فليطلقها حين تطهر قبل أن يجامعها فتلك العدة التي أمر الله الله تعالى أن يطلق لها النساء ولانه اذا طلقها في الحيض أضر بها في تطويل العدة واذا طلقها في الطهر الذي جامعها فيه قبل أن يستبين الحمل لم يأمن أن تكون حاملا فيندم على مفارقتها مع الولد ولأنه لا يعلم هل علقت بالوطء فتكون عدتها بالحمل أو لم تعلق فتكون عدتها بالاقراء وأما طلاق غير المدخول بها في الحيض فليس بطلاق بدعة لأنه لا يوجد تطويل العدة فأما طلاقها في الحيض وهي حامل على القول الذي يقول ان الحامل تحيض فليس ببدعة وقال أبو اسحق هو بدعة لأنه طلاق في الحيض والمذهب الاول . لما روى سالم أن ابن عمر رضي الله عنه طلق امرأته وهي حائض فذكر عمر للنبي ﷺ فقال مره فليراجعها ثم ليطلقها وهي طاهر أو حامل ولان الحامل تعتد بالحمل فلا يؤثر الحيض في تطويل عدتها وأما طلاق من لا تحمل في الطهر المجامع فيه وهي الصغيرة الآيسة من الحيض فليس ببدعة لان تحريم الطلاق للندم على الولد أو للريبة بما تعتد به من الحمل والأقراء وهذا لا يوجد في حق الصغيرة والآيسة وأما طلاقها بعدما استبان حملها فليس ببدعة لان المنع للندم على الولد وقد علم بالولد أو للارتياب بما تعتد به وقد زال ذلك بالحمل وان طلقها في الحيض أو الطهر الذي جامع فيه وقع الطلاق لان ابن عمر رضي الله عنه طلق امرأته وهي حائض فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يراجعها فدل على أن الطلاق وقع والمستحب أن يراجعها لحديث ابن عمر رضي الله عنه ولأنه بالرجعة يزول المعنى الذي لاجله حرم الطلاق وأن لم يراجعها جاز لان الرجعة اما أن تكون كابتداء النكاح أو كالبقاء على النكاح ولا يجب واحد منهما

﴿فصل﴾ وأما المكروه فهو الطلاق من غير سنة ولا بدعة والدليل عليه ما روى محارب بن دثار رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أبغض الحلال الى الله عز وجل الطلاق . وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال انما المرأة خلقت من ضلع لن تستقيم لك على طريقة فان استمتعت بها استمتعت وبها عوج وان ذهبت تقيمها كسرتها وكسرها طلاقها

﴿فصل﴾ واذا أراد الطلاق فالمستحب أن يطلقها طلقة واحدة لانه يمكنه تلافيها وان أراد الثلاث فرقها في كل طهر طلقة ليخرج من الخلاف فان عند أبي حنيفة لا يجوز جمعها ولانه يسلم من الندم وان جمعها في طهر واحد جاز لما روي أن عويمرا العجلاني قال عند رسول الله ﷺ حين لاعن امرأته كذبت عليها ان أمسكتها فهي طالق ثلاثا فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها ولو كان جمع الثلاث محرما لأنكر عليه فان جمع الثلاث أو أكثر بكلمة واحدة وقع الثلاث لما روي الشافعي رحمه الله ان

والتلمس التطلب مرة بعد اخرى ولم يرد لمس اليد (قوله طلاق البدعة) البدعة الحدث في الشيء بعد الاكمال. وابتدع الشيء احدثه وابتدأه فهو مبتدع (قوله للريبة بما تعتد به) الريبة والريب الشك وقد ذكر وكذا الارتياب (قوله وبها عوج) بفتح العين العوج في الخلق وبالكسر العوج في الرأي. قال الله تعالى قرآنا عربيا غير ذي عوج أي غير ذي ميل ولا انكسار. وقال الجوهري يقال عوج الشيء بالكسر فهو أعوج والاسم العوج بكسر العين. قال ابن السكيت فكل ما ينتصب كالحائط والعود قيل فيه عوج بالفتح. والعوج بالكسر ما كان في أرض أو دين أو معاش يقال في دينه عوج. وقال العزيزي عوج بالكسر في الدين وعوج في الحائط ميل وفي القناة ونحوه. وقال في عين المعاني العوج بالفتح فيما له شخص وهو مصدر كالحول في معنى الصفة وبالكسر فيما لا شخص له (قوله كذبت عليها ان أمسكتها) معناه ان أمسكتها فأنا كاذب فيما قذفتها به هكذا فسره أهل الفقه. وأما أهل اللغة فقالوا يقال كذب عليك الامر أي أوجب اغراءه به، المعنى ان الانسان اذا كذب عليه غيره صارت بينه وبينه عداوة فوجب أن يجازيه بفعله فقال له القائل كذب عليك فلان يريد أن يجازيه ويشبه فعتقت هذه الكلمة حتى صارت كالاغراء. فيكون معناه على هذا وجب على طلاقها ولئن لا أمسكها كأنه رضي الله عنه أغرى نفسه بذلك. وجاء كذب عليكم الحج أي وجب (قوله لا سبيل لك عليها) أي لا طريق لك الى طلاقها قد حرمت عليك باللعان

ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة ثم أتى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله انى طلقت امرأتى سهيمة البتة والله ما أردت الا واحدة فقال له النبى ﷺ والله ما أردت الا واحدة فقال ركانة والله ما أردت الا واحدة فردها رسول الله ﷺ فلو لم يقع الثلاث اذا أرادها بهذا اللفظ لم يكن لاستحلافه معنى وروى أن رجلا قال لعثمان رضى الله عنه انى طلقت امرأتى مائة فقال ثلاث يحرمنها وسبعة وتسعون عدوان وسئل ابن عباس رضى الله عنه عن رجل طلق امرأته ألفا فقال ثلاث منهن يحرمن عليه وما بقى فعليه وزره

﴿ فصل ﴾ ويجوز أن يفوض الطلاق الى امرأته لما روت عائشة رضى الله عنها قالت لما أمر الله تعالى رسول الله ﷺ بتخيير نسائه بدأ بى فقال انى مخبرك خبرا وما أحب أن تصنعى شيئا حتى تستأمرى أبويك ثم قال ان الله تعالى قال قل لأزواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا الى قوله منكن أجرا عظيما فقلت أوفى هذا استأمر أبوى فانى أريد الله ورسوله والدار الآخرة ثم فعل أزواج النبى ﷺ ما فعلته واذا فوض الطلاق اليها فالمنصوص ان لها أن تطلق مالم يتفرقا عن المجلس أو يحدث ما يقطع ذلك وهو قول أبى العباس بن القاص وقال أبو اسحق لا تطلق الا على الفور لأنه تمليك يفتقر الى القبول فكان القبول فيه على الفور كالبيع وحمل قول الشافعى رحمه الله على انه أراد مجلس الخيار لا مجلس القعود وله أن يرجع فيه قبل أن تطلق وقال أبو على ابن خيران ليس له أن يرجع لأنه طلاق معلق بصفة فلم يجز الرجوع فيه كما لو قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق وهذا خطأ لأنه ليس بطلاق معلق بصفة وانما هو تمليك يفتقر الى القبول يصح الرجوع فيه قبل القبول كالبيع وان قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة وقعت لأن من ملك ايقاع ثلاث طلقات ملك ايقاع طلقة كالزوج وان قال لها طلقى نفسك طلقة فطلقت ثلاثا وقعت الطلقة لأن من ملك ايقاع طلقة اذا أوقع الثلاث وقعت الطلقة كالزوج اذا بقيت له طلقة فطلق ثلاثا وان قال لوكيله طلق امرأتى جاز أن يطلق متى شاء لأنه توكيل مطلق فلم يقتض التصرف على الفور كما لو وكله فى بيع وان قال له طلق امرأتى ثلاثا فطلقها طلقة أو قال طلق امرأتى واحدة فطلقها ثلاثا ففيه وجهان أحدهما انه كالزوجة فى المسئلتين والثانى لا يقع لأنه فعل غير ما وكل فيه

﴿ فصل ﴾ وتصح اضافة الطلاق الى جزء من المرأة كالثلث والربع واليد والشعر لأنه لا يتبعض وكان اضافته الى الجزء كالاضافة الى الجميع كالعفو عن القصاص وفى كيفية وقوعه وجهان أحدهما يقع على الجميع باللفظ لأنه لما لم يتبعض كان تسمية البعض كتسمية الجميع والثانى انه يقع على الجزء المسمى ثم يسرى لأن الذى سماه هو البعض ولا يجوز اضافته الى الريق والحمل لأنه ليس بجزء منها وانما هو مجاور لها وان قال بياضك طالق أو سوادك طالق أو لونك طالق ففيه وجهان أحدهما يقع لأنه من جملة الذات التى لا ينفصل عنها فهو كالاعضاء والثانى لا يقع لأنها أعراض تحل الذات فى

﴿ فصل ﴾ ويجوز اضافة الطلاق الى الزوج بان يقول لها أنا منك طالق أو يجعل الطلاق اليها فتقول أنت طالق لانه أحد الزوجين فجاز اضافة الطلاق اليه كالزوجة واختلف أصحابنا فى اضافة العتق الى المولى فنهم من قال يصح وهو قول أبى على ابن أبى هريرة لأنه ازالة ملك يجوز بالصريح والكناية فجاز اضافته الى المالك كالطلاق وقال أكثر أصحابنا لا يصح والفرق بينه وبين الطلاق ان الطلاق يحل النكاح وهما مشتركان فى النكاح والعتق يحل الرق والرق يختص به العبد والله أعلم

﴿ باب ما يقع به الطلاق ومالا يقع ﴾

لا يقع الطلاق الا بصريح أو كناية مع النية فان نوى الطلاق من غير صريح ولا كناية لم يقع الطلاق لان التحريم فى الشرع

(قوله البتة) قد ذكرنا ان البت القطع بته يبته قطعه (قوله وسبع وتسعون عدوان) أى ظلم وتجاوز للحد يقال عدا عليه عدوا وعدوا وعدوانا (قوله فعليه وزره) أى اثمه والوزر الاثم وأصله الحمل الثقيل يدل عليه قوله تعالى ووضعنا عنك وزرك الذى أنقض ظهرك (قوله يفوض الطلاق الى امرأته) أى يرده اليها. فوض الامر الى فلان رده ومنه وأفوض أمرى الى الله (قوله تستأمرى أبويك) أى تشاور بهما فتنظرى ماذا يأمرانك . والاستئمار المشاورة وكذا الائتمار وكذلك التآمر على التفاعل ويقال ائتمروا به اذا هموا به وتشاوروا فيه قال الله تعالى ان الملأ يأتمرون بك ليقتلوك (قوله بالصريح والكناية) الصريح الخالص من كل شىء ومنه اللبن الصريح والصريح الرجل الخالص النسب والكناية أن تتكلم بشىء وأنت تريد غيره قال الشاعر

وانى لأكنو عن قدور بغيرها ❊ وأعرب أحيانا بها وأصارح

وفيه لغتان كنا يكنو ويكنى

علق على الطلاق ونية الطلاق ليست بطلاق ولان ايقاع الطلاق بالنية لايثبت الا بأصل أو بالقياس على ماثبت بأصل وليس ههنا أصل ولاقياس على ماثبت بأصل فلم يثبت

﴿ فصل ﴾ والصريح ثلاثة ألفاظ الطلاق والفراق والسراح لأن الطلاق ثبت له عرف الشرع واللغة والسراح والفراق ثبت لهما عرف الشرع فانه ورد بهما القرآن فاذا قال لامرأته أنت طالق أوطلقتك أوأنت مطلقة أوسرحتك أو أنت مسرحة أو فارقتك أوأنت مفارقة وقع الطلاق من غير نية فان خاطبها بأحد هذه الالفاظ ثم قال أردت غيرها فسبق لسانى اليها لم يقبل لانه يدعى خلاف الظاهر ويدين فيما بينه و بين الله تعالى لانه يحتمل مايدعيه وان قال أنت طالق وقال أردت طلاقا من وثاق أو قال سرحتك وقال أردت تسريحا من اليد أوقال فارقتك وقال أردت فراقا بالجسم لم يقبل فى الحكم لأنه يدعى خلاف مايقتضيه اللفظ فى العرف ويدين فيما بينه و بين الله تعالى لانه يحتمل مايدعيه فان علمت المرأة صدقه فيما دين فيه الزوج جاز لها أن تقيم معه وان رآهما الحاكم على الاجتماع ففيه وجهان أحدهما يفرق بينهما بحكم الظاهر لقوله ﷺ أحكم بالظاهر والله عزوجل يتولى السرائر والثانى لايفرق بينهما لانهما على اجتماع يجوز اباحته فى الشرع وان قال أنت طالق من وثاق أوسرحتك من اليد أو فارقتك بجسمى لم تطلق لانه اتصل بالكلام مايصرف اللفظ عن حقيقته ولهذا اذا قال لفلان على عشرة الا خمسة لم يلزمه عشرة واذا قال لااله الا الله لم يجعل كافرا بابتداء كلامه وان قال أنت طالق ثم قال قلته هازلا وقع الطلاق ولم يدين لماروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة

﴿ فصل ﴾ قال فى الاملاء لوقال لهرجل طلقت امرأتك فقال نعم طلقت عليه فى الحال لان الجواب يرجع الى السؤال فيصير كما لو قال طلقت ولهذا لوكان هذا جوابا عن دعوى لكان صريحا فى الاقرار وان قال أردت به فى نكاح قبله فان كان لماقاله أصل قبل منه لان اللفظ يحتمله وان لم يكن له أصل لم يقبل لانه يسقط حكم اللفظ وان قال له أطلقت امرأتك فقال له قد كان بعض ذلك وقال أردت انى كنت علقت طلاقها بصفة قبل منه لانه يحتمله اللفظ وان قال لامرأته أنت طالق لولا أبوك لطلقتك لم تطلق لان قوله أنت طالق لولا أبوك ليس بايقاع طلاق وانما هو يمين بالطلاق وانه لولا أبوها لطلقها فتصير كما لو قال والله لولا أبوك لطلقتك

﴿ فصل ﴾ وأما الكناية فهى كثيرة وهى الالفاظ التى تشبه الطلاق وتدل على الفراق وذلك مثل قوله أنت بائن وخلية وبرية وبتة و بتلة وحرة وواحدة و بينى وابعدى واغربى واذهبى واستفلحى والحقى باهلك وحبلك على غاربك واستترى

(قوله طلاقا من وثاق) أوثقه بالوثاق اذا شده. ومنه قوله تعالى فشدوا الوثاق والوثاق بالكسر لغة فيه (قوله قلته هازلا) أى مازحا غير مجد. والهزل ضد الجد. هزل يهزل قال الكميت

أرانا على حب الحياة وطولها ∗ يجد بنا فى كل يوم ونهزل

(قوله أنت بائن وخلية و برية و بتة و بتلة) بائن مفارقة من البين وهو الفراق . وخلية أى خالية عن الزوج فارغة منه. و برية أى برية عما يجب من حق الزوج وطاعته. و بتة و بتلة معناها كلاهما القطع وفى الحديث نهى عن التبتل أى الانقطاع عن النكاح. ومنه سميت البتول وهى المنقطعة عن الازواج. وقوله تعالى وتبتل اليه تبتيلا انقطع انقطاعا. قال ثعلب سميت فاطمة البتول لانقطاعها عن نساء زمانها دينا وفضلا وحسبا (قوله حرة) أى لاملك للزوج فى بضعك كما لاملك فى رقبة الحرة وواحدة أى أنت فردة عن الزوج. وقيل معناه أنت ذات طلقة واحدة (قوله بينى واغربى) معناهما واحد وهو البعد والبين الفراق اغربى ابعدى يقال نوى غربة أى بعيدة (قوله استفلحى) الفلاح الفوز والنجاة أى فوزى بامرك وقد نجوت منى فاستبدى برأيك. وقيل مأخوذ من الفلح وهو القطع أى استبدى به واقتطعيه اليك من غير ان تنازعيه (قوله حبلك على غاربك) معناه امضى حيث شئت يعبر به عما لاقائد لها فانها تذهب اذ لا يمسك لها وأصله ان البعير اذا أطلق ترك حبله على غاربه. والغارب مابين السنام والعنق

وتقنعي واعتدي وتزوجي وذوقي وتجرعي وما أشبه ذلك فان خاطبها بشيء من ذلك ونوى به الطلاق وقع وان لم ينو لم يقع لانه يحتمل الطلاق وغيره فاذا نوى به الطلاق صار طلاقا واذا لم ينو به الطلاق لم يصر طلاقا كالامساك عن الطعام والشراب لما احتمل الصوم وغيره اذا نوى به الصوم صار صوما واذا لم ينو به الصوم لم يصر صوما وان قال أنا منك طالق أوجعل الطلاق اليها فقالت طلقتك أو أنت طالق فهو كناية يقع به الطلاق مع النية ولا يقع من غير نية لان استعمال هذا اللفظ فى الزوج غير متعارف وانما يقع به الطلاق مع النية من جهة المعنى فلم يقع به من غير نية كسائر الكنايات وان قال له رجل ألك زوجة فقال لا فان لم ينو به الطلاق لم تطلق لانه ليس بصريح وان نوى به الطلاق وقع لانه يحتمل الطلاق

﴿ فصل ﴾ واختلف أصحابنا فى الوقت الذى تعتبر فيه النية فى الكنايات فنهم من قال اذا قارنت النية بعض اللفظ من أوله أو من آخره وقع الطلاق كما أن فى الصلاة اذا قارنت النية جزءا منها صحت الصلاة ومنهم من قال لا تصح حتى تقارن النية جميعها وهو أن ينوى و يطلق عقيبها وهو ظاهر النص لأن بعض اللفظ لا يصلح للطلاق فلم تعمل النية معه فاما الصلاة فلا تصح حتى تقارن النية جميعها بان ينوى الصلاة و يكبر عقيبها ومتى خلا جزء من التكبير عن النية لم تصح صلاته

﴿ فصل ﴾ وأما ما لا يشبه الطلاق ولا يدل على الفراق من الالفاظ كقوله اقعدى واقربى واطعمى واسقينى وما احسنك وبارك الله فيك وما أشبه ذلك فانه لا يقع به الطلاق وان نوى لأن اللفظ لا يحتمل الطلاق فلو أوقعنا الطلاق لاوقعناه بمجرد النية وقد بينا أن الطلاق لا يقع بمجرد النية

﴿ فصل ﴾ واختلف أصحابنا فى قوله أنت الطلاق فنهم من قال هو كناية فان نوى به الطلاق فهو طلاق لأنه يحتمل أن يكون معناه أنت طالق وأقام المصدر مقام الفاعل كقوله تعالى أرأيتم ان أصبح ماؤكم غورا أراد غائرا وان لم ينو لم يقع لأن قوله أنت الطلاق لا يقتضى وقوع الطلاق ومنهم من قال هو صريح و يقع به الطلاق من غير نية لأن لفظ الطلاق يستعمل فى معنى طالق والدليل عليه قول الشاعر

أنوهت باسمى فى العالمين ✽ وأفنيت عمرى عاما فعاما
فأنت الطلاق وأنت الطلاق ✽ وأنت الطلاق ثلاثا تماما

وقال آخر

فان ترفقى ياهند فالرفق أيمن ✽ وان تخرقى ياهند فالخرق آلم
فأنت الطلاق والطلاق عزيمة ✽ ثلاثا ومن يخرق أعق وأظلم
فبينى بها ان كنت غير رفيقة ✽ فما لامرئ بعد الثلاثة مقدم

﴿ فصل ﴾ واختلفوا فيمن قال لامرأته كلى واشربى ونوى الطلاق فنهم من قال لا يقع وهو قول أبى اسحق لانه لا يدل على الطلاق فلم يقع به الطلاق كما لو قال اطعمينى واسقينى ومنهم من قال يقع وهو الصحيح لأنه يحتمل معنى الطلاق وهو أن يريد كلى ألم الفراق واشربى كأس الفراق فوقع به الطلاق مع النية كقوله ذوقى وتجرعى

﴿ فصل ﴾ اذا قال لامرأته اختارى أو أمرك بيدك فقالت اخترت لم يقع الطلاق حتى ينويا لأنه كناية لانها تحتمل الطلاق وغيره فلم يقع به الطلاق حتى يتفقا على نية الطلاق وان قال اختارى ونوى اختيار الطلاق أو قال أمرك بيدك ونوى تمليك أمر الطلاق فقالت اخترت الزوج لم يقع الطلاق لما روت عائشة رضى الله عنها قالت خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه فلم يجعل ذلك طلاقا ولأن اختيار الزوج اختيار النكاح لا يحتمل غيره فلم يقع به الطلاق فان قالت اخترت نفسى لم يقع الطلاق حتى تنوى الطلاق لانه يحتمل أن يكون معناه اخترت نفسى للنكاح و يحتمل اخترت نفسى للطلاق ولهذا لو صرحت به جاز فلم يقع به

(قوله وتقنعى) أى غطى رأسك أظن معناه استترى منى ولا يحل لى نظرك. وتجرعى يقال جرعه غصص الغيظ اذا أذاقه الشدة مما يكره (قوله اذا قارنت النية بعض اللفظ) يقال قرنت الشىء بالشىء اذا وصلته به. وأصله من قرن البعيرين اذا جمع بينهما فى حبل واحد والمطلق يجمع بين النية واللفظ (قوله انوهت باسمى) يقال نوهت باسمه اذا رفعت ذكره ونوهته تنويها اذا رفعته (قوله أيمن) هو افعل من اليمن وهو ضد الشؤم (قوله وان تخرقى) هو وترفقى ضدان والرفق ان تأخذ الشىء بلطف واناة ولين جانب. والخرق ان تأخذه بعنف وشدة . يقال رجل أخرق وامرأة خرقاء

الطلاق من غير نية وان قالت اخترت الازواج ونوت الطلاق ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي اسحق انه لا يقع لان الزوج من الازواج والثاني يقع وهو الاظهر عندي لأنها لا تحل للازواج الا بفراقه كما لو قال لها الزوجي تزوجي ونوى به الطلاق وان قالت اخترت أبوي ونوت الطلاق ففيه وجهان أحدهما لا يقع الطلاق لأن اختيار الابوين لا يقتضي فراق الزوج والثاني انه يقع لانه يتضمن العود اليهما بالطلاق فصار كقوله الحقي بأهلك وان قال لها أمرك بيدك ونوى به ايقاع الطلاق ففيه وجهان أحدهما لا يقع الطلاق لانه صريح في تمليك الطلاق وتعليقه على قبولها فلم يجز صرفه الى الايقاع والثاني انه يقع لان اللفظ يحتمل الايقاع فهو كقوله حبلك على غاربك

﴿فصل﴾ اذا قال لامرأته أنت علي حرام ونوى به الطلاق فهو طلاق لانه يحتمل التحريم بالطلاق وان نوى به الظهار فهو ظهار لانه يحتمل التحريم بالظهار ولا يكون ظهارا ولا طلاقا من غير نية لانه ليس بصريح في واحد منهما وان نوى تحريم عينها لم تحرم لما روى سعيد بن جبير قال جاء رجل الى ابن عباس رضي الله عنه فقال اني جعلت امرأتي علي حراما قال كذبت ليست عليك بحرام ثم تلا يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي مرضاة أزواجك والله غفور رحيم قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم الى آخر الآية ويجب عليه بذلك كفارة يمين لان النبي ﷺ حرم مارية القبطية أم ابراهيم ابن رسول الله ﷺ فأنزل الله عز وجل يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي مرضاة أزواجك والله غفور رحيم قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم والله مولاكم فوجبت الكفارة في الامة بالآية وقسنا الحرة عليها لانها في معناها في تحليل البضع وتحريمه وان قال أنت علي حرام ولم ينو شيئا ففيه قولان أحدهما يجب عليه الكفارة فعلى هذا يكون هذا اللفظ صريحا في ايجاب الكفارة لان كل كفارة وجبت بالكناية مع النية كان لوجوبها صريح ككفارة الظهار والثاني لا يجب فعلى هذا لا يكون هذا اللفظ صريحا في شيء لان ما كان كناية في جنس لا يكون صريحا في ذلك الجنس ككنايات الطلاق وان قال لامته أنت علي حرام فان نوى به العتق كان عتقا لانه يحتمل انه أراد تحريمها بالعتق وان نوى الظهار لم يكن ظهارا لان الظهار لا يصح من الامة وان نوى تحريم عينها لم تحرم ووجب عليه كفارة يمين لما ذكرناه وان لم يكن له نية ففيه طريقان من أصحابنا من قال يجب عليه الكفارة قولا واحدا لعموم الآية ومنهم من قال فيه قولان كالقولين في الزوجة لما ذكرناه وان كان له نسوة أو اماء فقال أنتن علي حرام ففي الكفارة قولان أحدهما يجب لكل واحدة كفارة والثاني يجب كفارة واحدة كالقولين فيمن ظاهر من نسوة وان قال لامرأته أنت علي كالميتة والدم فان نوى به الطلاق فهو طلاق وان نوى به الظهار فهو ظهار وان نوى به تحريمها لم تحرم وعليه كفارة يمين لما ذكرناه في لفظ التحريم وان لم ينو شيئا فان قلنا ان لفظ التحريم صريح في ايجاب الكفارة لزمته الكفارة لان ذلك كناية عنه وان قلنا انه كناية لم يلزمه شيء لان الكناية لا يكون لها كناية

﴿فصل﴾ اذا كتب طلاق امرأته بلفظ صريح ولم ينو لم يقع الطلاق لان الكتابة تحتمل ايقاع الطلاق وتحتمل امتحان الخط فلم يقع الطلاق بمجردها وان نوى بها الطلاق ففيه قولان قال في الاملاء لا يقع به الطلاق لانه فعل ممن يقدر على القول فلم يقع به الطلاق كالاشارة وقال في الأم هو طلاق وهو الصحيح لانها حروف يفهم منها الطلاق فجاز أن يقع بها الطلاق كالنطق فاذا قلنا بهذا فهل يقع بها الطلاق من الحاضر والغائب فيه وجهان أحدهما انه يقع بها الا في حق الغائب لأنه جعل في العرف لافهام الغائب كما جعلت الاشارة لافهام الاخرس ثم لا يقع الطلاق بالاشارة الا في حق الاخرس وكذلك لا يقع الطلاق بالكتابة الا في حق الغائب والثاني انه يقع بها من الجميع لأنها كناية فاستوى فيها الحاضر والغائب كسائر الكنايات

﴿فصل﴾ فان أشار الى الطلاق فان كان لا يقدر على الكلام كالاخرس صح طلاقه بالاشارة وتكون اشارته صريحا لأنه لا طريق له الى الطلاق الا بالاشارة وحاجته الى الطلاق كحاجة غيره فقامت الاشارة مقام العبارة وان كان قادرا على الكلام لم يصح طلاقه بالاشارة لأن الاشارة الى الطلاق ليست بطلاق وانما قامت مقام العبارة في حق الاخرس لموضع الضرورة ولا ضرورة ههنا فلم تقم مقام العبارة

(قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) هي تفعلة تحللة من الحلال فأدغمت، أي يحل بها ما كان حرم (قوله امتحان الخط) اختباره يقال محنته وامتحنته والاسم المحنة

﴿ باب عدد الطلاق والاستثناء فيه ﴾

اذا خاطب امرأته بلفظ من ألفاظ الطلاق كقوله أنت طالق أو بائن أو بتة أو ما أشبهها ونوى طلقتين أو ثلاثا وقع لما روى أن ركانة بن عبد يزيد قال يارسول الله انى طلقت امرأتى سهيمة البتة والله ما أردت الا واحدة فقال رسول الله ﷺ والله ما أردت الا واحدة فقال ركانة والله ما أردت الا واحدة فردها رسول الله ﷺ عليه فدل على انه لو أراد ما زاد على واحدة لوقع ولأن اللفظ يحتمل العدد بدليل انه يجوز أن يفسره به وهو أن يقول أنت طالق طلقتين أو ثلاثا أو بائن بطلقتين وثلاث وما احتمله اللفظ اذا نواه وقع به الطلاق كالكناية وان قال أنت واحدة ونوى طلقتين أو ثلاثا ففيه وجهان أحدهما يقع لأنه يحتمل أن يكون معناه أنت طالق واحدة مع واحدة أو مع اثنتين والثانى لا يقع ما زاد على واحدة لأنه صريح فى واحدة ولا يحتمل ما زاد فلو أوقعنا ما زاد لكان ايقاع طلاق بالنية من غير لفظ وذلك لا يجوز وان قال لها اختارى وقالت المرأة اخترت فان اتفقا على عدد ونوياه وقع مانوياه وان اختلفا فنوى أحدهما طلقة ونوى الآخر ما زاد لم يقع ما زاد على طلقة لأن الطلاق يفتقر الى تمليك الزوج وايقاع المرأة واذا نوى أحدهما طلقة ونوى الآخر ما زاد لم يقع لأنه لم يوجد الاذن والايقاع الا فى طلقة فلم يقع ما زاد

﴿فصل﴾ وان قال أنت وأشار بثلاث أصابع ونوى الطلاق الثلاث لم يقع شىء لأن قوله أنت ليس من ألفاظ الطلاق فلو أوقعنا الطلاق لكان بالنية من غير لفظ وان قال أنت طالق هكذا وأشار بثلاث أصابع وقع الثلاث لأن الاشارة بالأصابع مع قوله هكذا بمنزلة النية فى بيان العدد وان قال أردت بعدد الاصبعين المقبوضتين قبل لأنه يحتمل مايدعيه وان قال أنت طالق وأشار بالأصابع ولم يقل هكذا وقال أردت واحدة ولم أرد العدد قبل لأنه يحتمل مايدعيه

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق واحدة فى اثنتين نظرت فان نوى طلقة واحدة مع اثنتين وقعت ثلاث لأن فى تستعمل بمعنى مع والدليل عليه قوله عز وجل فادخلى فى عبادى وادخلى جنتى والمراد مع عبادى فان لم يكن له نية نظرت فان لم يعرف الحساب ولا نوى مقتضاه فى الحساب طلقت طلقة واحدة بقوله أنت طالق ولا يقع بقوله فى اثنتين شىء لأنه لا يعرف مقتضاه فلم يلزمه حكمه كالاعجمى اذا طلق بالعربية وهو لا يعرف معناه وان نوى مقتضاه فى الحساب ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى بكر الصيرفى انه يقع طلقتان لأنه أراد موجبه فى الحساب وموجبه فى الحساب طلقتان والثانى وهو المذهب انه لا يقع الا طلقة واحدة لأنه اذا لم يعلم مقتضاه لم يلزمه حكمه كالاعجمى اذا طلق بالعربية وهو لا يعلم وقال أردت مقتضاه فى العربية فان كان عالما بالحساب نظرت فان نوى موجبه فى الحساب طلقت طلقتين لأن موجبه فى الحساب طلقتان وان قال أردت واحدة فى اثنتين باقيتين طلقت واحدة لانه يحتمل مايدعيه كقوله له عندى ثوب فى منديل وأراد فى منديل لى وان لم يكن له نية فالمنصوص انها تطلق طلقة لأن هذا اللفظ غير متعارف عند الناس ويحتمل طلقة فى طلقتين واقعتين ويحتمل طلقة فى طلقتين باقيتين فلا يجوز أن يوقع بالشك وقال أبو اسحق يحتمل ان تطلق طلقتين لأنه عالم بالحساب ويعلم ان الواحدة فى اثنتين طلقتان فى الحساب

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق طلقة بل طلقتان ففيه وجهان أحدهما يقع طلقتان كما اذا قال له على درهم بل درهمان لزمه درهمان والثانى يقع الثلاث والفرق بينه وبين الاقرار ان الاقرار اخبار يحتمل التكرار فجاز أن يدخل الدرهم فى الخبرين والطلاق ايقاع فلا يجوز أن يوقع الطلاق الواحد مرتين فحمل على طلاق مستأنف ولهذا لو أقر بدرهم فى يوم ثم أقر بدرهم فى يوم آخر لم يلزمه الا درهم ولو طلقها فى يوم ثم طلقها فى يوم آخر كانتا طلقتين

﴿ فصل ﴾ وان قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا وقع الثلاث لأن الجميع صادف الزوجية فوقع الجميع كما لو قال ذلك للمدخول بها وان قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق ولم يكن له نية وقعت الاولى دون الثانية والثالثة وحكى عن الشافعى رحمه الله فى القديم أنه قال يقع الثلاث فمن أصحابنا من جعل ذلك قولا واحدا وهو قول أبى على ابن أبى هريرة لأن الكلام اذا لم ينقطع ارتبط

(قوله الاستثناء) والمثنوية والثنية كله مأخوذ من الثنى وهو الرد والكف كذا ذكره الهروى. وقيل أصله من قولك ثنيت وجه فلان اذا عطفته وصرفته وثنى. وفلان وجوه الخيل اذا كفها وردها وقوله تعالى يثنون صدورهم معناه يسرون عداوة النبى عليه السلام ويردونها بما أظهروا من الاسلام (قوله صادف الزوجية) أى وجدها يقال صادفت فلانا أى وجدته وصدف عنه أعرض

بعضه ببعض فصار كما لو قال أنت طالق ثلاثا وقال أكثر أصحابنا لا يقع أكثر من طلقة وما حكى عن القديم إنما هو حكاية عن مالك رحمه الله ليس بمذهب له لأنه تقدمت الأولى فبانت بها فلم يقع ما بعدها

﴿ فصل ﴾ وان قال للمدخول بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق نظرت فان كان أراد به التأكيد لم يقع أكثر من طلقة لأن التكرار يحتمل التأكيد وان أراد الاستئناف وقع بكل لفظة طلقة لأنه يحتمل الاستئناف وان أراد بالثاني التأكيد وبالثالث الاستئناف وقع طلقتان وان لم يكن له نية ففيه قولان قال في الاملاء يقع طلقة لأنه يحتمل التكرار والاستئناف فلا يقع ما زاد على طلقة بالشك وقال في الأم يقع الثلاث لأن اللفظ الثاني والثالث كاللفظ الأول فاذا وقع بالأول طلاق وجب أن يقع بالثاني والثالث مثله وأما اذا غاير بينها في الحروف بأن قال أنت طالق وطالق ثم طالق ولم يكن له نية وقع بكل لفظة طلقة لأن المغايرة بينها باللفظ تسقط حكم التأكيد فان ادعى أنه أراد التأكيد لم يقبل في الحكم لأنه يخالف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه يحتمل ما يدعيه وان قال أنت طالق وطالق وطالق وقع بالاول طلقة وبالثاني طلقة لتغاير اللفظين ويرجع في الثالث اليه لأنه لم يغاير بينه وبين الثاني فهو كقوله أنت طالق أنت طالق وان غاير بين الألفاظ ولم يغاير بالحروف بأن قال أنت طالق أنت مسرحة أنت مفارقة ففيه وجهان أحدهما أن حكمه حكم المغايرة في الحروف لأنه اذا تغير الحكم بالمغايرة بالحروف فلأن يتغير بالمغايرة في لفظ الطلاق أولى والثاني ان حكمه حكم اللفظ الواحد لأن الحروف هي العاملة في اللفظ وبها يعرف الاستئناف ولم توجد المغايرة في الحروف

﴿ فصل ﴾ وان قال أنت طالق بعض طلقة وقعت طلقة لأن ما لا يتبعض من الطلاق كان تسمية بعضه كتسمية جميعه كما لو قال بعضك طالق وان قال أنت طالق نصفي طلقة وقعت طلقة لان نصفي طلقة هي طلقة وان قال أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقة ففيه وجهان أحدهما أنه يقع طلقتان لان ثلاثة أنصاف طلقة طلقة ونصف فيكمل النصف فصار طلقتين والثاني تطلق طلقة لانه أضاف الانصاف الثلاثة الى طلقة وليس للطلقة الا نصفان فألغي النصف الثالث وان قال أنت طالق نصفي طلقتين وقعت طلقتان لانه يقع من كل طلقة نصفها ثم يسري فيصير طلقتين وان قال أنت طالق نصف طلقتين ففيه وجهان أحدهما تقع طلقة واحدة لأن نصف الطلقتين طلقة والثاني أنه تقع طلقتان لانه يقتضي النصف من كل واحدة منهما ثم يكمل النصفان فيصير الجميع طلقتين وان قال أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة طلقت واحدة لأنها أجزاء الطلقة وان قال أنت طالق نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة وقع ثلاث طلقات لان بدخول حروف العطف وقع بكل جزء طلقة وسرى الى الباقي وان قال أنت نصف طالق طلقت كما لو قال نصفك طالق وان قال أنت نصف طلقة ففيه وجهان أحدهما أنه كناية فلا يقع به طلاق من غير نية والثاني أنه صريح فتقع به طلقة بناء على الوجهين فيمن قال لأمرأته أنت الطلاق

﴿ فصل ﴾ وان كان له أربع نسوة فقال أوقعت عليكن أو بينكن طلقة طلقت كل واحدة منهن طلقة لانه يخص كل واحدة منهن ربع طلقة وتكمل بالسراية وان قال أوقعت عليكن أو بينكن طلقتين أو ثلاثا أو أربعا وقع على كل واحدة طلقة لانه اذا قسم بينهن لم يزد نصيب كل واحدة منهن على طلقة وان قال أردت أن يقع على كل واحدة من الطلقتين وقع على كل واحدة طلقتان وان قال أردت أن يقع على كل واحدة من الثلاث الطلقات وقع على كل واحدة ثلاث طلقات لانه مقر على نفسه بما فيه تغليظ واللفظ محتمل له وان قال أوقعت عليكن خمسا وقع على كل واحدة طلقتان لانه يصيب كل واحدة طلقة وربع وكذلك ان قال أوقعت عليكن ستا أو سبعا أو ثمانيا وان قال أوقعت عليكن تسعا طلقت كل واحدة ثلاثا وان قال أوقعت بينكن نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة طلقت كل واحدة ثلاثا لانه لما عطف وجب أن يقسم كل جزء من ذلك بينهن ثم يكمل

﴿ فصل ﴾ وان قال أنت طالق ملء الدنيا أو أنت طالق أطول الطلاق أو أعرضه وقعت طلقة لان شيئا من ذلك لا يقتضي العدد وقد تتصف الطلقة الواحدة بذلك كله

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق أشد الطلاق وأغلظه وقعت طلقة لانه قد تكون الطلقة أشد وأغلظ عليه لتعجلها أو لحبه لها أو لحبها له فلم يقع ما زاد بالشك وان قال أنت طالق كل الطلاق أو أكثره وقع الثلاث لانه كل الطلاق وأكثره

﴿فصل﴾ وان قال للمدخول بها أنت طالق طلقة بعدها طلقة طلقت طلقتين لان الجميع صادف الزوجية وان قال أردت بعدها طلقة

(قوله غاير بين الالفاظ) أي خالف بينها فجعل الثاني غير الاول. تغايرت الاشياء اختلفت

أوقعها لم يقبل فى الحكم لان الظاهر أنه طلاق ناجز ويدين فيما بينه وبين الله عزوجل لانه يحتمل مايدعيه وان قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة وقعت طلقتان وفى كيفية وقوع ماقبلها وجهان قال أبو على ابن أبى هريرة يقع مع التى أوقعها لان ايقاعها فيما قبلها ايقاع طلاق فى زمان ماض فلم يعتبر كما لو قال أنت طالق أمس وقال أبو اسحق يقع قبلها اعتبارا بموجب لفظه كما لو قال أنت طالق قبل موتى بشهر ثم مات بعد شهر ويخالف قوله أنت طالق أمس لانا لو أوقعناه فى أمس تقدم الوقوع على الايقاع وههنا يقع الطلاقان بعد الايقاع وان قال أردت بقولى قبلها طلقة فى نكاح قبله فان كان لما قاله أصل قبل منه لانه يحتمل مايدعيه وان لم يكن له أصل لم يقبل منه لأنه لايحتمل مايدعيه

﴿فصل﴾ وان قال لها أنت طالق طلقة قبلها طلقة وبعدها طلقة طلقت ثلاثا على ماذكرناه وان قال لها أنت طالق طلقة وبعدها طلقة طلقت ثلاثا لانه يقع بقوله أنت طالق طلقة ويقع قبلها نصف طلقة وبعدها نصف طلقة ثم يكمل النصفان فيصير الجميع ثلاثا

﴿فصل﴾ وان قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة بعدها طلقة لم تقع الثانية لانها بائن بالأولى فلم تقع الثانية وان قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة ففيه وجهان أحدهما لاتطلق لان وقوع طلقة قبلها ووقوع طلقة عليها يوجب وقوع ماقبلها يمنع وقوعها فتمانعا بالدور وسقطا والثانى وهو قول أبى على ابن أبى هريرة انها تطلق طلقة ليس قبلها شىء لان وقوع ماقبلها يوجب اسقاطها واسقاط ماقبلها فوجب اثباتها واسقاط ماقبلها وان قال أنت طالق طلقة معها طلقة ففيه وجهان أحدهما أنها تطلق واحدة وهو قول المزنى لانه أفردها فجاز كما لو قال أنت طالق واحدة بعدها واحدة والوجه الثانى أنها تطلق طلقتين لانهما يجتمعان فى الوقوع فلا تتقدم احداهما على الاخرى فهو كما لو قال أنت طالق طلقتين وان قال أنت طالق طلقتين ونصفا طلقت طلقتين لانه جمع بين الطلقتين فى الايقاع فبانت بهما ثم أوقع النصف بعدما بانت فلم يقع

﴿فصل﴾ اذا قال لامرأته أنت طالق طلقة لاتقع عليك طلقت لانه أوقع الطلاق ثم أراد رفعه والطلاق اذا وقع لم يرتفع وان قال أنت طالق أولا لم تطلق لانه ليس بايقاع

﴿فصل﴾ ويصح الاستثناء فى الطلاق لانه لغة العرب ونزل به القرآن وحروفه الا وغير وسوى وخلا وعدا وحاشى فاذا قال أنت طالق ثلاثا الا طلقة وقعت طلقتان وان قال أنت طالق ثلاثا الا طلقتين وقعت طلقة وان قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا طلقت ثلاثا لان الاستثناء يرفع المستثنى منه فيسقط ويبقى الثلاث وان قال أنت طالق ثلاثا الا طلقتين وطلقة ففيه وجهان أحدهما يقع الثلاث لانه استثنى ثلاثا من ثلاث والثانى تقع طلقة لان الاستثناء الثانى هو الباطل فسقط ويبقى الاستثناء الاول وان قال أنت طالق ثلاثا الا نصف طلقة طلقت ثلاثا لانه يبقى طلقتان ونصف ثم يسرى النصف الى الباقى فيصير ثلاثا وان قال أنت طالق ثلاثا الا طلقة وطلقة وقعت طلقة لان المعطوف على الاستثناء مضموم الى الاستثناء ولهذا اذا قال له على مائة الا خمسة وعشرين ضمت الخمسة الى العشرين فى الاستثناء ولزمه مابقى وان قال أنت طالق طلقة وطلقة الا طلقة ففيه وجهان أحدهما تطلق طلقة لان الواو فى الاسمين المنفردين كالتثنية فيصير كما لو قال أنت طالق طلقتين الا طلقة والثانى وهو المنصوص انها تطلق طلقتين لان الاستثناء يرجع الى مايليه وهو طلقة واستثناء طلقة من طلقة باطل فسقط ويبقى طلقتان وان قدم الاستثناء على المستثنى منه بأن قال أنت الا واحدة طالق ثلاثا فقد قال بعض أصحابنا انه لايصح الاستثناء فيقع الثلاث لان الاستثناء جعل لاستدراك ماتقدم من كلامه ويحتمل عندى أنه يصح الاستثناء فيقع طلقتان لان التقديم والتأخير فى ذلك لغة العرب قال الفرزدق يمدح هشام ابن ابراهيم بن المغيرة خال هشام بن عبد الملك

وما مثله فى الناس الا مملكا ۞ أبو أمه حى أبوه يقاربه

تقديره وما مثله فى الناس حى يقاربه الا مملكا أبو أمه أبو الممدوح

﴿فصل﴾ ويصح الاستثناء من الاستثناء لقوله عزوجل انا أرسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته فاستثنى آل لوط من المجرمين واستثنى من آل لوط امرأته واذا قال أنت طالق ثلاثا الا طلقتين الا طلقة طلقت طلقتين لان تقديره

(قوله الا مملكا) المملك الملك. يقال ملكه المال والملك فهو مملك

أنت طالق ثلاثا الا طلقتين فلا يقع الا طلقة فتقع وان قال أنت طالق خمسا الا ثلاثا ففيه وجهان أحدهما أنها تطلق ثلاثا لانه لا يقع من الخمس الا الثلاث فصار كما لو قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا والثاني أنها تطلق طلقتين لانه لما وصل بالاستثناء علم أنه قصد الحساب وان قال أنت طالق خمسا الا اثنتين طلقت على الوجه الاول طلقة وعلى الوجه الثاني تطلق ثلاثا وان قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا اثنتين ففيه ثلاثة أوجه أحدها يقع الثلاث لان الاستثناء الاول يرفع المستثنى منه فيبطل والاستثناء الثاني فرع عليه فسقط و بقي الثلاث والثاني تطلق طلقتين لانه لما وصله بالاستثناء صار كأنه أثبت ثلاثا ونفى ثلاثا ثم أثبت اثنتين والثالث تقع طلقة لان الاستثناء الاول لا يصح فسقط و بقي الاستثناء الثاني فيصير كما لو قال أنت طالق ثلاثا الا طلقتين

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق ثلاثا الا أن يشاء أبوك واحدة وقال أبوها شئت واحدة لم تطلق لان الاستثناء من الاثبات نفي فيصير تقديره أنت طالق ثلاثا الا أن يشاء أبوك واحدة فلا يقع طلاق

﴿فصل﴾ وان قال امرأتي طالق أو عبدي حر أولله علي كذا أو والله لأفعلن كذا ان شاء الله أو بمشيئة الله أو ما لم يشأ الله لم يصح شيء من ذلك لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين ثم قال ان شاء الله كان له ثنيا وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث ولانه علق هذه الاشياء على مشيئة الله تعالى ومشيئته لا تعلم فلم يلزم بالشك شيء وان قال أنت طالق الا أن يشاء الله ففيه وجهان أحدهما لا تطلق لانه مقيد بمشيئة الله تعالى فأشبه اذا قال أنت طالق ان شاء الله والثاني وهو المذهب أنها تطلق لانه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة الله تعالى ومشيئة الله لا تعلم فسقط حكم رفعه و بقي حكم ثبوته و يخالف اذا قال أنت طالق ان شاء الله فانه علق الوقوع على مشيئة الله تعالى

﴿فصل﴾ ولا يصح الاستثناء في جميع ما ذكرناه الا أن يكون متصلا بالكلام فان انفصل عن الكلام من غير عذر لم يصح لان العرف في الاستثناء أن يتصل بالكلام فان انفصل لضيق النفس صح الاستثناء لانه كالمتصل في العرف ولا يصح الا أن يقصد اليه فأما اذا كانت عادته في كلامه أن يقول ان شاء الله فقال ان شاء الله على عادته لم يكن استثناء لانه لم يقصده واختلف أصحابنا في وقت نية الاستثناء فنهم من قال لا يصح الا أن يكون ينوي ذلك من ابتداء الكلام ومنهم من قال اذا نوى قبل الفراغ من الكلام جاز

﴿فصل﴾ اذا قال يا زانية أنت طالق ان شاء الله أو أنت طالق يا زانية ان شاء الله رجع الاستثناء الى الطلاق ولا يرجع الى قوله يا زانية لان الطلاق ايقاع فجاز تعليقه بالمشيئة وقوله يا زانية صفة فلا يصح تعليقها بالمشيئة ولهذا يصح أن يقول أنت طالق ان شاء الله ولا يصح أن يقول أنت زانية ان شاء الله وان كانت له امرأتان حفصة وعمرة فقال حفصة وعمرة طالقان ان شاء الله لم تطلق واحدة منهما وان قال حفصة طالق وعمرة طالق ان شاء الله فقد قال بعض أصحابنا تطلق حفصة ولا تطلق عمرة لان الاستثناء يرجع الى ما يليه وهو طلاق عمرة و يحتمل عندي أن لا تطلق واحدة منهما لان المجموع بالواو كالجملة الواحدة

﴿فصل﴾ وان طلق بلسانه واستثنى بقلبه نظرت فان قال أنت طالق ونوى بقلبه ان شاء الله لم يصح الاستثناء ولم يقبل في الحكم ولا يدين فيه لان اللفظ أقوى من النية لان اللفظ يقع به الطلاق من غير نية والنية لا يقع بها الطلاق من غير لفظ فلو أعملنا النية لرفعنا القوي بالضعيف وذلك لا يجوز كنسخ الكتاب بالسنة وترك النص بالقياس وان قال نسائي طوالق واستثنى بالنية بعضهن دين فيه لانه لا يسقط اللفظ بل يستعمله في بعض ما يقتضيه بعمومه وذلك يحتمل فدين فيه ولا يقبل في الحكم وقال أبو حفص الباب بشامي يقبل في الحكم لان اللفظ يحتمل العموم والخصوص وهذا غير صحيح لانه وان احتمل الخصوص الا أن الظاهر العموم فلا يقبل في الحكم دعوى الخصوص فان قال امرأتي طالق ثلاثا واستثنى بقلبه الا طلقة أو طلقتين لم يقبل في الحكم لانه يدعي خلاف ما يقتضيه اللفظ وهل يدين فيه وجهان أحدهما يدين لانه لا يسقط حكم اللفظ وانما يخرج بعض ما يقتضيه فدين فيه كما لو قال نسائي طوالق واستثنى بالنية بعضهن والثاني لا يدين وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني رحمه الله لانه يسقط ما يقتضيه

اللفظ بصريحه بمادونه من النية وان قال لأربع نسوة أربعكن طالق واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل فى الحكم وهل يدين فيه وجهان أحدهما يدين والثانى لايدين ووجههما ماذكرناه فى المسئلة قبلها

﴿ باب الشرط فى الطلاق ﴾

اذا علق الطلاق بشرط لايستحيل كدخول الدار ومجيء الشهر تعلق به فاذا وجد الشرط وقع واذا لم يوجد لم يقع لما روى أن النبى ﷺ قال المؤمنون عند شروطهم ولان الطلاق كالعتق لان لكل واحد منهما قوة وسراية ثم العتق اذا علق على شرط وقع بوجوده ولم يقع قبل وجوده فكذلك الطلاق فان علق الطلاق على شرط ثم قال عجلت ما كنت علقت على الشرط لم تطلق فى الحال لانه تعلق بالشرط ولا يتغير واذا وجد الشرط طلقت وان قال أنت طالق ثم قال أردت اذا دخلت الدار أو اذا جاء رأس الشهر لم يقبل فى الحكم لانه يدعى خلاف مايقتضيه اللفظ بظاهره ويدين فيما بينه و بين الله تعالى لانه يدعى صرف الكلام عن ظاهره الى وجه يحتمله فدين فيه كما لو قال أنت طالق وادعى انه أراد طلاقا من وثاق فان قال أنت طالق ان دخلت الدار وقال أردت الطلاق فى الحال ولكن سبق لسانى الى الشرط لزمه الطلاق فى الحال لانه أقر على نفسه بما يوجب التغليظ من غير تهمة

﴿ فصل ﴾ والالفاظ التى تستعمل فى الشرط فى الطلاق من وان واذا ومتى وأى وقت وكلما. وليس فى هذه الالفاظ مايقتضى التكرار الا قوله كلما فانه يقتضى التكرار فاذا قال من دخلت الدار فهى طالق أو قال لامرأته ان دخلت الدار أو اذا دخلت الدار أو متى دخلت الدار أو أى وقت دخلت الدار فانت طالق فوجد الدخول وقع الطلاق وان تكرر الدخول لم يتكرر الطلاق لان اللفظ لايقتضى التكرار وان قال كلما دخلت الدار فانت طالق فدخلت طلقت وان تكرر الدخول تكرر الطلاق لان اللفظ يقتضى التكرار

﴿ فصل ﴾ وان كانت له امرأة لاسنة فى طلاقها ولابدعة وهى الصغيرة التى لم تحض أو الكبيرة التى يئست من الحيض أو الحامل أو التى لم يدخل بها فقال لها أنت طالق لالسنة ولا للبدعة طلقت لوجود الصفة وان قال أنت طالق للسنة أو للبدعة أو أنت طالق للسنة والبدعة طلقت لانه وصفها بصفة لاتتصف بها فلغت الصفة و بقى الطلاق فوقع فان قال للصغيرة أو الحامل أو التى لم يدخل بها أنت طالق للسنة أو أنت طالق للبدعة وقال أردت به اذا صارت من أهل سنة الطلاق أو بدعته طلقت فى الحال ولم يقبل مايدعيه فى الحكم لان اللفظ يقتضى طلاقا ناجزا و يدين فيما بينه و بين الله عز وجل لانه يحتمل مايدعيه وان كانت له امرأة لها سنة و بدعة فى الطلاق وهى المدخول بها اذا كانت من ذوات الاقراء فقال لها أنت طالق للسنة فان كانت فى طهر لم يجامعها فيه طلقت فى الحال لوجود الصفة وان كانت فى حيض أو فى طهر جامعها فيه لم تطلق فى الحال لعدم الصفة واذا طهرت من غير جماع طلقت لوجود الصفة وان قال انت طالق للبدعة فان كانت حائضا أو فى طهر جامعها فيه طلقت فى الحال لوجود الصفة وان كانت فى طهر لم يجامعها فيه لم تطلق فى الحال لفقد الصفة فاذا جامعها أو حاضت طلقت لوجود الصفة وان قال أنت طالق للسنة ان كنت فى هذه الحالة ممن يقع عليها طلاق السنة فان كانت فى طهر لم يجامعها فيه طلقت لوجود الصفة وان كانت حائضا أو فى طهر جامعها فيه لم تطلق فى الحال لعدم الصفة وان صارت فى طهر لم تجامع فيه لم تطلق أيضا لانه شرط أن تكون للسنة وأن تكون فى تلك الحال وذلك لايوجد بعد انقضاء الحال وان قال لها أنت طالق للسنة وللبدعة أو أنت طالق طلقة حسنة قبيحة طلقت فى الحال طلقة لانه لايمكن ايقاع طلقة على هاتين الصفتين فسقطت الصفتان و بقى الطلاق فوقع وان قال أنت طالق طلقتين طلقة للسنة وطلقة للبدعة طلقت فى الحال طلقة فاذا صارت فى الحالة الثانية طلقت طلقة وان قال أنت طالق طلقتين للسنة وللبدعة ففيه وجهان أحدهما يقع طلقة فى حال السنة وطلقة فى حال البدعة لانه يمكن ايقاعها على الصفتين فلم يجز اسقاطهما والثانى يقع فى الحال طلقتان لان الظاهر عود الصفتين الى كل واحدة من الطلقتين وايقاع كل واحدة منهما على الصفتين لايمكن فلغت الصفتان ووقعت الطلقتان وان قال أنت طالق ثلاثا للسنة وقع الثلاث فى طهر لم يجامعها فيه لان ذلك طلاق للسنة وان قال أنت طالق ثلاثا بعضهن للسنة و بعضهن للبدعة وقع فى الحال طلقتان لان اضافة الطلاق اليهما يقتضى التسوية فيقع فى الحال طلقة ونصف ثم يكمل فيصير طلقتين و يقع الباقى فى الحالة الاخرى وان قال أردت بالبعض طلقة فى هذه الحال وطلقتين فى الحالة الاخرى ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على ابن أبى هريرة انه لايقبل قوله فى

﴿ ومن باب الشرط فى الطلاق ﴾ (قوله لايستحيل) أى لاينقلب وقد ذكر

الحكم و يدين فيما بينه و بين الله عز وجل لانه يدعي ما يتأخر به الطلاق فصار كما لو قال أنت طالق وادعى انه أراد اذا دخلت الدار والثاني وهو المذهب انه يقبل في الحكم و يدين فيما بينه و بين الله عز وجل لان البعض يقع على القليل والكثير حقيقة و يخالف دعوى دخول الدار فان الظاهر انجاز الطلاق فلم تقبل في الحكم دعوى التأخير

﴿فصل﴾ وان قال ان قدم فلان فانت طالق فقدم وهي في طهر لم يجامع فيه وقع طلاق سنة وان قدم وهي حائض أو في طهر جامعها فيه وقع طلاق بدعة الا أنه لا يأثم لانه لم يقصد كما اذا رمى صيدا فأصاب آدميا فقتله فان القتل صادف محرما لكنه لم يأثم لعدم القصد وان قال ان قدم فلان فأنت طالق للسنة فقدم وهي في حال السنة طلقت وان قدم وهي في حال البدعة لم تطلق حتى تصير الى حال السنة لانه علقه بعد القدوم بالسنة

﴿ فصل ﴾ وان قال أنت طالق أحسن الطلاق وأكمله وأعدله وما أشبهها من الصفات الجيدة طلقت للسنة لأنه أحسن الطلاق وأكمله وأعدله وان قال أردت بطلاق البدعة واعتقدت أن الاعدل والاكمل في حقها لسوء عشرتها ان تطلق للبدعة نظرت فان كان مايدعيه من ذلك أغلظ عليه بأن تكون في الحال حائضا أوفي طهر جامعها فيه وقع طلاق بدعة لأن ما ادعاه أغلظ عليه واللفظ يحتمله فقبل منه وان كان أخف عليه بأن كانت في طهر لم يجامع فيه دين فيما بينه و بين الله عز وجل لانه يحتمل مايدعيه ولا يقبل في الحكم لانه مخالف للظاهر فان قال أنت طالق أقبح الطلاق وأسمجه وما أشبههما من صفات الذم طلقت في حال البدعة لانه أقبح الطلاق وأسمجه وان قال أردت طلاق السنة واعتقدت أن طلاقها أقبح الطلاق وأسمجه لحسن دينها وعشرتها فان كان ذلك أغلظ عليه لما فيه من تعجيل الطلاق قبل منه لانه أغلظ عليه واللفظ يحتمله وان كان أخف عليه لما فيه من تأخير الطلاق دين فيما بينه و بين الله عز وجل لانه يحتمل ولا يقبل في الحكم لانه مخالف للظاهر وان قال أنت طالق طلاق الحرج طلقت للبدعة لان الحرج فيما خالف السنة وأثم به

﴿ فصل ﴾ وان قال لها وهي حائض اذا طهرت فأنت طالق طلقت بانقطاع الدم لوجود الصفة وان قال لها ذلك وهي طاهر لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر لان اذا اسم للزمان المستقبل فاقتضى فعلا مستأنفا ولهذا لو قال لرجل حاضر اذا جئتني فلك دينار لم يستحق بهذا الحضور حتى يغيب ثم يجيئه وان قال لها وهي طاهر ان حضت فأنت طالق طلقت برؤية الدم وان قال لها ذلك وهي حائض لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض لما ذكرناه في الطهر فان قال لها وهي حائض ان طهرت طهرا فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض لانه لا يوجد طهر كامل الا ان تطعن في الحيض الثاني وان قال لها ذلك وهي طاهر لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض لان الطهر الكامل لا يوجد الا بما ذكرناه وان قال ان حضت حيضة فانت طالق فان كانت طاهرا لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر وان كانت حائضا لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر لما ذكرناه في الطهر

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق ثلاثا في كل قرء طلقة نظرت فان كانت لها سنة و بدعة في طلاقها نظرت فان كانت طاهرا طلقت طلقة لان مابقي من الطهر قرء وان كانت حائضا لم تطلق حتى تطهر ثم يقع في كل طهر طلقة وان لم يكن لها سنة ولا بدعة نظرت فان كانت حاملا طلقت في الحال طلقة لان الحمل قرء يعتد به وان كانت تحيض على الحمل لم تطلق في أطهارها لانها ليست باقراء ولهذا لا يعتد بها فان راجعها قبل الوضع و طهرت في النفاس وقعت طلقة أخرى فاذا حاضت وطهرت وقعت الثالثة وان كانت غير مدخول بها وقعت عليها طلقة و بانت فان كانت صغيرة مدخولا بها طلقت في الحال طلقة فان لم يراجعها حتى مضت ثلاثة أشهر بانت وان راجعها لم تطلق في الطهر بعد الرجعة لانه هو الطهر الذي وقع فيه الطلاق

﴿ فصل ﴾ وان قال ان حضت فأنت طالق فقالت حضت فصدقها طلقت وان كذبها فالقول قولها مع يمينها لانه لا يعرف الحيض الا من جهتها وان قال لها قد حضت فأنكرت طلقت باقراره وان قال ان حضت فضرتك طالق فقالت حضت فان

(قوله أقبح الطلاق وأسمجه) معناهما واحد يقال سمج الشيء بالضم سماجة قبح فهو سمج (قوله في كل قرء طلقة) القرء الحيض والقرء أيضا الطهر وهو من الاضداد. وفيه لغتان قرء بالفتح وقرء بالضم وجمعه قروء واقراء قال الشاعر

مورثة مالا وفي الحي رفعة * لما ضاع فيها من قروء نسائكا

وهو الوقت فقيل للحيض والطهر قرء لانهما يرجعان لوقت معلوم. وأصله الجمع وكل شيء قرأته فقد جمعته

صدقها طلقت ضرتها وان كذبها لم تطلق لان قولها يقبل على الزوج فى حقها ولا يقبل على غيرها الا بتصديق الزوج كالمودع يقبل قوله فى رد الوديعة على المودع ولا يقبل فى الرد على غيره وان قال اذا حضت فأنت وضرتك طالقان فقالت حضت فان صدقها طلقتا وان كذبها وحلفت طلقت هى ولم تطلق ضرتها وان صدقتها الضرة على حيضها لم يؤثر تصديقها ولكن لها أن تحلف الزوج على تكذيبها وان قال اذا حضتما فانتما طالقان فان قالتا حضنا فصدقهما طلقتا وان كذبهما لم تطلق واحدة منهما لان طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين حيضها وحيض صاحبتها ولا يقبل قول كل واحدة منهما الا فى حيضها فى حقها نفسها دون صاحبتها ولم يوجد الشرطان وان صدق احداهما وكذب الاخرى طلقت المكذبة لانها غير مقبولة القول على صاحبتها ومقبولة القول فى حق نفسها وقد صدق الزوج صاحبتها فوجد الشرطان فى طلاقها فطلقت والمصدقة مقبولة القول فى حيضها فى حق نفسها وقد صدقها الزوج وقول صاحبتها غير مقبول فى حيضها فى طلاقها ولم يوجد الشرطان فى حقها فلم تطلق

﴿ فصل ﴾ وان قال لامرأتين ان حضتما حيضة فانتما طالقان ففيه وجهان أحدهما ان هذه الصفة لا تنعقد لانه يستحيل اجتماعهما فى حيضة فبطل والثانى انهما اذا حاضتا وقع الطلاق لان الذى يستحيل هو قوله حيضة فيلغى لاستحالتها ويبقى قوله ان حضتما فيصير كما لو قال ان حضتما فانتما طالقتان وقد بينا حكمه

﴿ فصل ﴾ وان قال لاربع نسوة ان حضتن فانتن طوالق فقد علق طلاق كل واحدة منهن بأربع شرائط وهى حيض الاربع فان قلن حضنا وصدقهن طلقن لانه قد وجد حيض الأربع وان كذبهن لم تطلق واحدة منهن لانه لم يثبت حيض الأربع لان قول كل واحدة منهن لا يقبل الا فى حقها وان صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق واحدة منهن لانه لم يوجد الشرط وان صدق ثلاثا وكذب واحدة طلقت المكذبة لان قولها مقبول فى حيضها فى حق نفسها وقد صدق الزوج صواحبها فوجد حيض الأربع فى حقها فطلقت ولا تطلق المصدقات لان قول كل واحدة منهن مقبول فى حيضها فى حقها غير مقبول فى حق صواحبها وقد بقيت واحدة منهن مكذبة فلم تطلق لاجلها

﴿ فصل ﴾ وان قال لهن كلما حاضت واحدة منكن فصواحبها طوالق فقد جعل حيض كل واحدة منهن صفة لطلاق البواقى فان قلن حضنا فصدقهن طلقت كل واحدة منهن ثلاثا لان لكل واحدة منهن ثلاث صواحب تطلق بحيض كل صاحبة طلقة فطلقت كل واحدة منهن ثلاثا وان كذبهن لم تطلق واحدة منهن لأن كل واحدة منهن وان قبل قولها فى حقها الا انه لا يقبل فى حق غيرها وان صدق واحدة منهن وقع على كل واحدة منهن طلقة لأن لكل واحدة منهن صاحبة ثبت حيضها ولا يقع على المصدقة طلاق لأنه ليس لها صاحبة ثبت حيضها وان صدق اثنتين وقع على كل واحدة منهما طلقة لأن لكل واحدة منهما صاحبة ثبت حيضها و يقع على كل واحدة من المكذبتين طلقتان لأن لكل واحدة منهما صاحبتين ثبت حيضهما فان صدق ثلاثا وقع على كل واحدة منهن طلقتان لأن لكل واحدة منهن صاحبتين ثبت حيضهما ووقع على المكذبة ثلاث تطليقات لان لها ثلاث صواحب ثبت حيضهن

﴿ فصل ﴾ وان قال لامرأته ان لم تكونى حاملا فأنت طالق لم يجز وطؤها قبل الاستبراء لأن الاصل عدم الحمل ووقوع الطلاق فان لم يكن بها حمل طلقت وان وضعت حملا لاقل من ستة أشهر من وقت عقد الطلاق لم تطلق لانا تيقنا انها كانت حاملا عند العقد وان وضعته لاكثر من أربع سنين طلقت طلقة لانا تيقنا انها لم تكن حاملا عند العقد وان وضعته لما بين ستة أشهر وأربع سنين نظرت فان لم يطأها الزوج فى هذه المدة لم يقع الطلاق لانا حكمنا بأنها كانت حاملا عند العقد وان كان وطئها نظرت فان وضعته لاقل من ستة أشهر من وقت الوطء ولاكثر من ستة أشهر من وقت العقد لم يقع الطلاق لانا حكمنا انها كانت حاملا وقت العقد وان وضعته لاكثر من ستة أشهر من وقت العقد والوطء جميعا ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق انها تطلق لانه يجوز أن يكون قبل الوطء و يجوز أن يكون حدث من الوطء والظاهر انه حدث من الوطء لان الاصل فيما قبل الوطء العدم والثانى وهو قول أبى على بن أبى هريرة انها لم تطلق لانه يحتمل أن يكون موجودا عند العقد و يحتمل أن يكون حادثا من الوطء بعده

والاصل بقاء النكاح وان قال لها ان كنت حاملا فأنت طالق فهل يحرم وطؤها قبل الاستبراء فيه وجهان أحدهما لا يحرم لان الاصل عدم الحمل وثبوت الاباحة والثانى يحرم لانه يجوز أن تكون حاملا فيحرم وطؤها ويجوز أن لا تكون حاملا فيحل وطؤها فغلب التحريم فان استبرأها ولم يظهر الحمل فهى على الزوجية وان ظهر الحمل نظر فان وضعت لاقل من ستة أشهر من وقت عقد الطلاق حكم بوقوع الطلاق لانا تيقنا انها كانت حاملا وقت العقد وان وضعته لاكثر من أربع سنين من وقت العقد لم تطلق لانا علمنا انها لم تكن حاملا وان وضعته لاكثر من ستة أشهر ودون أربع سنين نظرت فان كان الزوج لم يطأها طلقت لانا حكمنا انها كانت حاملا وقت العقد وان وطئها نظرت فان وضعته لدون ستة أشهر من وقت الوطء وقع الطلاق لانا حكمنا انها كانت حاملا وقت العقد وان وضعته بعد ستة أشهر من بعد وطئه لم يقع الطلاق وجها واحدا لانه يجوز أن يكون موجودا وقت العقد ويجوز أن يكون حدث بعده فلا يجوز أن يوقع الطلاق بالشك واختلف أصحابنا فى صفة الاستبراء ووقته وقدره فذكر الشيخ أبو حامد الاسفراينى رحمه الله فى الاستبراء فى المسئلتين ثلاثة أوجه أحدها ثلاثة اقراء وهى اطهار لانه استبراء حرة فكان بثلاثة اطهار والثانى بطهر لان القصد براءة الرحم فلا يزاد على قرء واستبراء الحرة لا يجوز الا بالطهر فوجب أن يكون طهرا والثالث انه بحيضة لأن القصد من هذا الاستبراء معرفة براءة الرحم والذى يعرف به براءة الرحم الحيض وهل يعتد بالاستبراء قبل عقد الطلاق فيه وجهان أحدهما لا يعتد لأن الاستبراء لا يجوز أن يتقدم على سببه والثانى يعتد به لأن القصد معرفة براءة الرحم وذلك يحصل وان تقدم ومن أصحابنا من قال فى المسئلة الثانية الاستبراء على ما ذكرناه لأن الاستبراء لاستباحة الوطء فاما فى المسئلة الأولى فلا يجوز الاستبراء بدون ثلاثة اطهار ولا يعتد بما وجد منه قبل الطلاق لانه استبراء حرة للطلاق فلا يجوز بما دون ثلاثة اطهار ولا بما تقدم على الطلاق كالاستبراء فى سائر المطلقات

﴿فصل﴾ اذا قال لامرأته ان ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدا طلقت حيا كان أو ميتا لأن اسم الولد يقع على الجميع فان ولدت آخر لم تطلق لأن اللفظ لا يقتضى التكرار وان قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدين من حمل واحد بعد واحد طلقت بالأول ولم تطلق بالثانى وان ولدت ثلاثة أولاد واحدا بعد واحد طلقت بالأول طلقة وبالثانى طلقة ولا يقع بالثالث شئ وحكى أبو على ابن خيران عن الاملاء قولا آخر انه يقع بالثالث طلقة أخرى والصحيح هو الاول لان العدة انقضت بالولد الاخير فوجدت الصفة وهى بائن فلم يقع بها طلاق كما لو قال اذا مت فأنت طالق وان ولدت ثلاثة دفعة واحدة طلقت ثلاثا لان صفة الثلاث قد وجدت وهى زوجة فوقع كما لو قال ان كلمت زيدا فأنت طالق وان كلمت عمرا فأنت طالق وان كلمت بكرا فأنت طالق فكلمتهم دفعة واحدة طلقت ثلاثا وان قال ان ولدت ذكرا فأنت طالق طلقة واحدة وان ولدت أنثى فأنت طالق طلقتين فوضعت ذكرا وأنثى دفعة واحدة طلقت ثلاثا وان وضعت أحدهما بعد الآخر وقع بالاول ما علق عليه ولم يقع بالثانى شئ لبينونتها بانقضاء العدة وهذا ظاهر وان لم تعلم كيف وضعتهما طلقت طلقة لانها يقين والورع أن يلتزم الثلاث وان قال يا حفصة ان كان أول ما تلدين ذكرا فعمرة طالق وان كان أنثى فأنت طالق فولدت ذكرا وأنثى دفعة واحدة لم تطلق واحدة منهما لانه ليس فيهما أول وان قال ان كان فى بطنك ذكر فأنت طالق طلقة وان كان فى بطنك أنثى فانت طالق طلقتين فوضعت ذكرا وأنثى طلقت ثلاثا لاجتماع الصفتين وان قال ان كان حملك أو ما فى بطنك ذكرا فانت طالق فوضعت ذكرا وأنثى لم تطلق لان الصفة أن يكون جميع ما فى البطن ذكرا ولم يوجد ذلك

﴿فصل﴾ واذا قال للمدخول بها اذا طلقتك فانت طالق ثم قال لها أنت طالق وقعت طلقتان احداهما بقوله أنت طالق والاخرى بوجود الصفة وان قال لم أرد بقولى اذا طلقتك فانت طالق عقد الطلاق بالصفة وانما أردت أنى اذا طلقتك تطلقين بما أوقع عليك من الطلاق لم يقبل قوله فى الحكم لان الظاهر انه عقد طلاقا على صفة ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لانه يحتمل

(قوله الاستبراء) هو الخلو من الولد. ومنه فلان برىء من الدين أى خلى لانه يعرف به براءة الرحم (قوله والورع ان يلتزم الثلاث) الورع الكف عما لا يحل أخذه وورع الرجل تقى يقال ورع يرع بالكسر فيهما ورعا ورعة (قوله يدين) أى يوكل الى دينه يقال دينت الرجل تدينا اذا وكلته الى دينه. وقال شمر دينوه أى ملكوه أمره من قولك دنته أى ملكت أمره. قال الحطيئة يهجو أمه

لقد دينت أمر بنيك حتى * تركتهم أدق من الطحين

وقيل يقلد أمره والاول أصح وقال الهروى أى يجعل ذلك اليه بغير بينة أى يلزمه من ذلك ما يلزمه نفسه فى دينه من الاستحلال والتورع

مابدعيه وان قال ان طلقتك فأنت طالق ثم قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار وقعت طلقتان احداهما بدخول الدار والاخرى بوجود الصفة لأن الصفة أن يطلقها وان علق طلاقها بدخول الدار فدخلت فقد طلقها وان قال لها مبتدئا ان دخلت الدار فأنت طالق ثم قال اذا طلقتك فأنت طالق فدخلت الدار وقعت طلقة بدخول الدار ولا تطلق بقوله اذا طلقتك فأنت طالق لأن هذا يقتضى ابتداء ايقاع بعد عقد الصفة وما وقع بدخول الدار ليس بابتداء ايقاع بعد عقد الصفة وانما هو وقوع بالصفة السابقة لعقد الطلاق فان قال ان طلقتك فأنت طالق ثم وكل من يطلقها فطلقها وقعت الطلقة التى أوقعها الوكيل ولا يقع ماعقده على الصفة لأن الصفة أن يطلقها بنفسه وان قال اذا أوقعت عليك الطلاق فأنت طالق ثم قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلت فقد قال بعض أصحابنا انها تطلق طلقة بدخول الدار ولا تطلق بقوله اذا أوقعت عليك لأن قوله اذا أوقعت عليك يقتضى طلاقا يباشر ايقاعه ومايقع بدخول الدار يقع حكما قال الشيخ الامام وعندى أنه يقع طلقتان احداهما بدخول الدار والاخرى بالصفة كما قلنا فيمن قال اذا طلقتك فأنت طالق ثم قال اذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار وان قال كلما طلقتك فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق طلقت طلقتين احداهما بقوله أنت طالق والاخرى بوجود الصفة ولا تقع الثالثة بوقوع الثانية لأن الصفة ايقاع الطلاق والصفة لم تتكرر فلم يتكرر الطلاق

(فصل) وان قال اذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق وقعت طلقتان طلقة بقوله أنت طالق وطلقة بوجود الصفة وان قال لها بعد هذا العقد أو قبله ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار طلقت طلقتين طلقة بدخول الدار وطلقة بوجود الصفة وان وكل وكيلا بعد هذا العقد فى طلاقها فطلقها ففيه وجهان أحدهما يقع ما أوقعه الوكيل ولا يقع ماعلقه بالصفة كما قلنا فيمن قال اذا طلقتك فأنت طالق ثم وكل من يطلق والثانى انه يقع طلقتان طلقة بايقاع الوكيل وطلقة بالصفة لأن الصفة وقوع طلاق الزوج وما وقع بايقاع الوكيل هو طلاق الزوج وان قال اذا طلقتك فانت طالق واذا وقع عليك طلاقى فانت طالق ثم قال لها أنت طالق وقع الثلاث طلقة بقوله أنت طالق وطلقتان بالصفتين وان قال كلما وقع عليك طلاقى فانت طالق ثم أوقع عليها طلقة بالمباشرة أو بصفة عقدها قبل هذا العقد أو بعده طلقت ثلاثا واحدة بعد واحدة لأن بالطلقة الأولى توجد صفة الطلقة الثانية وبالثانية توجد صفة الطلقة الثالثة

(فصل) وان قال لغير المدخول بها اذا طلقتك فأنت طالق أو اذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق أو كلما وقع عليك طلاقى فانت طالق فوقعت عليها طلقة بالمباشرة أو بالصفة لم يقع غيرها لانها تبين بها فلم يلحقها ما بعدها

(فصل) وان قال متى لم أطلقك أو أى وقت لم أطلقك فانت طالق فهو على الفور فاذا مضى زمان يمكنه أن يطلق فيه فلم يطلق وقع الطلاق وان قال ان لم أطلقك فانت طالق فالمنصوص أنه على التراخى ولا يقع به الطلاق الا عند فوات الطلاق وهو عند موت أحدهما وان قال اذا لم أطلقك فأنت طالق فالمنصوص أنه على الفور فاذا مضى زمان يمكنه أن يطلق فلم يطلق وقع الطلاق فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما الى الاخرى فجعلهما على قولين ومنهم من حملهما على ظاهرهما فجعل قوله ان لم أطلقك على التراخى وجعل قوله اذا لم أطلقك على الفور وهو الصحيح لأن قوله اذا اسم لزمان مستقبل ومعناه أى وقت ولهذا يجاب به عن السؤال عن الوقت فيقال متى ألقاك فتقول اذا شئت كما تقول أى وقت شئت فكان على الفور كما لو قال أى وقت لم أطلقك فانت طالق وليس كذلك ان فانه لا يستعمل فى الزمان ولهذا لا يجوز أن يقال متى ألقاك فتقول ان شئت وانما يستعمل فى الفعل ويجاب بها عن السؤال عن الفعل فيقال هل ألقاك فتقول ان شئت فيصير معناه ان فاتنى ان أطلقك فانت طالق والفوات يكون فى آخر العمر وان قال لها كلما لم أطلقك فانت طالق فمضى ثلاثة أوقات لم تطلق فيها وقع عليها ثلاث طلقات واحدة بعد واحدة لأن معناه كلما سكت عن طلاقك فانت طالق وقد سكت ثلاث سكتات

(فصل) وان قال ان حلفت بطلاقك فانت طالق ثم قال لها ان خرجت أو ان لم تخرجى أو ان لم يكن هذا كما قلت فانت طالق طلقت لانه حلف بطلاقها وان قال ان طلعت الشمس أو ان جاء الحاج فانت طالق لم يقع الطلاق حتى تطلع الشمس أو يجىء الحاج لأن اليمين ما قصد بها المنع من فعل أو الحث على فعل او التصديق على فعل وليس فى طلوع الشمس ومجىء الحاج

(قوله يباشر ايقاعه) اى يتولاه بنفسه بصريح نطقه بغير سبب ولا عقد صفة

منع ولا حث ولا تصديق وانما هو صفة للطلاق فاذا وجدت وقع الطلاق بوجود الصفة وان قال لها اذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم أعاد هذا القول وقعت طلقة لأنه حلف بطلاقها فان أعاد ثالثا وقعت طلقة ثانية وان أعاد رابعا وقعت طلقة ثالثة لأن كل مرة توجد صفة طلاق وتنعقد صفة أخرى وان أعادها خامسا لم يقع طلاق لأنه لم يبق له طلاق ولا ينعقد به يمين فى طلاق غيرها لان اليمين بطلاق من لا يملكها لا ينعقد وان كانت له امرأتان احداهما مدخول بها والأخرى غير مدخول بها فقال ان حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان ثم أعاد هذا القول طلقت المدخول بها طلقة رجعية وتطلق غير المدخول بها طلقة بائنة فان أعاد لم تطلق واحدة منهما لأن غير المدخول بها بائن والمدخول بها لا يوجد شرط طلاقها لان شرط طلاقها أن يحلف بطلاقهما ولم يحلف بطلاقهما لأن غير المدخول بها لا يصح الحلف بطلاقها

﴿فصل﴾ واذا كان له أربع نسوة وعبيد فقال كلما طلقت امرأة من نسائى فعبد من عبيدى حر وكلما طلقت امرأتين فعبدان حران وكلما طلقت ثلاثا فثلاثة أعبد أحرار وكلما طلقت أربعا فأربعة أعبد أحرار ثم طلقهن فالمذهب أنه يعتق خمسة عشر عبدا لأن بطلاق الاولى يعتق عبد بوجود صفة الواحدة وبطلاق الثانية يعتق ثلاثة أعبد لأنه اجتمع صفتان طلاق الواحدة وطلاق اثنتين وبطلاق الثالثة يعتق أربعة أعبد لأنه اجتمع صفتان طلاق الواحدة وطلاق الثلاث وبطلاق الرابعة يعتق سبعة أعبد لانه اجتمع ثلاث صفات طلاق الواحدة وطلاق اثنتين وطلاق أربع ومن أصحابنا من قال يعتق سبعة عشر عبدا لأن فى طلاق الثالثة ثلاث صفات طلاق واحدة وطلاق اثنتين بعد الواحدة وطلاق الثلاث ومنهم من قال يعتق عشرون عبدا لجعل فى الثلاث ثلاث صفات وجعل فى الاربع أربع صفات طلاق واحدة وطلاق اثنتين وطلاق ثلاث بعد الواحدة وطلاق أربع والجميع خطأ لانهم عدوا الثانية مع ماقبلها من الاثنتين وعدوا الثالثة مع ماقبلها من الثلاث ثم عدوهما مع مابعدهما من الاثنتين والثلاث وهذا لايجوز لان ماعد مرة فى عدد لا يعد فى ذلك العدد مرة أخرى والدليل عليه أنه لو قال كلما أكلت نصف رمانة فعبد من عبيدى حر ثم أكل رمانة عتق عبدان لأن الرمانة نصفان ثم لا يقال انه يعتق ثلاثة لانه اذا أكل نصف رمانة عتق عبد فاذا أكل الربع الثالث عتق عبد لانه مع الربع الثانى نصف واذا أكل الربع الرابع عتق عبد لانه مع الربع الثالث نصف فكذلك ههنا وقال أبو الحسن بن القطان يعتق عشرة لان الواحدة والاثنتين والثلاث والاربع عشر وهذا خطأ أيضا لان قوله كلما طلقت يقتضى التكرار وقد وجد طلاق الواحدة أربع مرات وطلاق المرأتين مرتين وطلاق الثلاث مرة وطلاق الاربع مرة فاسقط ابن القطان اعتبار ما يقتضيه اللفظ من التكرار فى المرأة والمرأتين وهذا لايجوز

﴿فصل﴾ اذا كان له أربع نسوة فقال أيتكن وقع عليها طلاقى فصواحبها طوالق ثم طلق واحدة منهن طلقن ثلاثا ثلاثا لان طلاق الواحدة يوقع على كل واحدة منهن طلقة واحدة ووقوع هذه الطلقة على كل واحدة منهن يوقع الطلاق على صواحبها وهن ثلاث فطلقت كل واحدة منهن ثلاثا

﴿فصل﴾ وان كان له امرأتان فقال لاحداهما أنت طالق طلقة بل هذه ثلاثا وقع على الاولى طلقة وعلى الثانية ثلاث لانه اذا أوقع على الأولى طلقة ثم أراد رفعها فلم يرتفع وأوقع على الثانية ثلاثا فوقعت وان قال لمدخول بها أنت طالق واحدة لا بل ثلاثا ان دخلت الدار فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو بكر بن الحداد المصرى تطلق واحدة فى الحال ويقع بدخول الدار تمام الثلاث لانه نجز واحدة فوقعت وعلق ثلاثا على الشرط فوقع مابقى منها عند وجود الشرط ومن أصحابنا من قال يرجع الشرط الى الجميع ولا تطلق حتى تدخل الدار لأن الشرط يعقب الايقاعين فرجع اليهما

﴿فصل﴾ وان قال لها أنت طالق الى شهر ولم يكن له نية وقع الطلاق بعد الشهر لان الى تستعمل فى انتهاء الفعل كقوله تعالى ثم أتموا الصيام الى الليل وتستعمل أيضا فى ابتداء الفعل كقولهم فلان خارج الى شهر فلا يقع الطلاق فى الحال مع الاحتمال كما لا يقع بالكنايات من غير نية

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق فى شهر رمضان طلقت برؤية الهلال فى أول الشهر وقال أبو ثور لا تطلق الا فى آخر الشهر

(قوله نجز واحدة) أى عجلها. من أنجز الوعد

الشهر لتستوعب الصفة التى علق الطلاق عليها وهذا خطأ لان الطلاق اذا علق على شىء وقع بأول جزء منه كما لو قال اذا دخلت الدار فانت طالق فانها تطلق بالدخول الى أول جزء من الدار فان قال اردت فى آخر الشهر دين فيه لانه يحتمل مايدعيه ولا يقبل فى الحكم لأنه يؤخر الطلاق عن الوقت الذى يقتضيه وان قال انت طالق فى اول الشهر وقع الطلاق فى اول ليلة يرى فيها الهلال وان قال انت طالق فى غرة الشهر طلقت فى اوله فان قال اردت اليوم الثانى او الثالث دين لان الثلاث من اول الشهر تسمى غررا ولا يقبل فى الحكم لانه يؤخر الطلاق عن اول وقت يقتضيه وان قال انت طالق فى آخر الشهر طلقت فى آخر يوم منه تاما كان الشهر او ناقصا وان قال أنت طالق فى أول آخر رمضان ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس انها تطلق فى أول ليلة السادس عشر لان آخر الشهر هو النصف الثانى وأوله اول ليلة السادس عشر والثانى انها تطلق فى اول اليوم الاخير من آخر الشهر لان آخر الشهر هو اليوم الاخير فوجب أن تطلق فى أوله وان قال أنت طالق فى آخر أول الشهر طلقت على الوجه الاول فى آخر اليوم الخامس عشر وعلى الوجه الثانى تطلق فى آخر اليوم الاول وان قال أنت طالق فى آخر أول آخر رمضان طلقت على الوجه الاول عند طلوع الفجر من اليوم السادس عشر لان أول آخر الشهر ليلة السادس عشر وآخرها عند طلوع الفجر من يومها وعلى الوجه الثانى تطلق بغروب الشمس من آخر يوم منه لأن أول آخره اذا طلع الفجر من آخر يوم منه فكان آخره عند غروب الشمس وان قال أنت طالق فى أول آخر أول الشهر طلقت على الوجه الاول بطلوع الفجر من اليوم الخامس عشر لان آخر أوله عند غروب الشمس من اليوم الخامس عشر فكان أوله طلوع فجره وعلى الوجه الآخر تطلق بطلوع الفجر من أول يوم من الشهر لان آخر أول الشهر غروب الشمس من أول يوم منه فكان أوله طلوع الفجر

﴿ فصل ﴾ وان قال أنت طالق اليوم طلقت فى الحال لانه من اليوم وان قال أنت طالق فى غد طلقت بطلوع فجره وان قال أنت طالق اليوم اذا جاء غد لم تطلق لأنه لا يجوز أن تطلق اليوم لأنه لم يوجد شرطه وهو مجىء الغد ولا يجوز أن تطلق اذا جاء غد لانه ايقاع طلاق فى يوم قبله وان قال أنت طالق اليوم غدا طلقت اليوم طلقة ولا تطلق غدا طلقة أخرى لان طلاق اليوم تعين وقوله غدا يحتمل أن تكون طالقة بطلاقها اليوم فلا نوقع طلاقا بالشك وان قال أردت طلقة فى اليوم وطلقة فى غد طلقت طلقتين لان اللفظ يحتمل مايدعيه وهو غير متهم فيه لما فيه عليه من التغليظ وان قال أردت نصف طلقة اليوم ونصف طلقة غدا طلقت طلقتين طلقة بالايقاع وطلقة بالسراية وان قال اردت نصف طلقة اليوم والنصف الباقى فى غد ففيه وجهان أحدهما تطلق اليوم طلقة ولا تطلق غدا لأن النصف الباقى قد وقع فى اليوم فلم يبق مايقع غدا والثانى انه يقع فى اليوم الثانى طلقة أخرى لان الذى وقع فى اليوم بالسراية وبقى النصف الثانى فوقع فى الغد فسرى وان قال أنت طالق اليوم أو غدا ففيه وجهان أحدهما تطلق غدا لانه يقين والثانى انها تطلق اليوم لانه جعل كل واحد منهما محلا للطلاق فتعلق بأولهما

﴿ فصل ﴾ اذا قال اذا رأيت هلال رمضان فأنت طالق فرآه غيره طلقت لان رؤية الهلال فى عرف الشرع رؤية الناس والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ويجب الصوم والفطر برؤية غيره وان قال أردت رؤيتى لم يقبل فى الحكم لانه يدعى خلاف الظاهر ويدين فيه لانه يحتمل مايدعيه فان رآه بالنهار لم تطلق لان رؤية هلال الشهر مايراه فى الشهر وهو بعد الغروب ولهذا لا يتعلق الصوم والفطر الا بما نراه بعد الغروب وان غم عليهم الهلال فعدوا شعبان ثلاثين يوما طلقت لانه قد ثبتت الرؤية بالشرع فصار كما لو ثبتت بالشهادة وان أراد رؤيته بعينه فلم يره حتى صار قمرا لم تطلق لانه ليس بهلال حقيقة واختلف الناس فيما يصير به قمرا فقال بعضهم يصير قمرا اذا استدار وقال بعضهم اذا بهر ضوءه

﴿ فصل ﴾ اذا قال اذا مضت سنة فأنت طالق اعتبر مضى السنة بالاهلة لانها هى السنة المعهودة فى الشرع فان كان العقد فى

(قوله لتستوعب الصفة) الاستيعاب الاستئصال. ومنه الحديث فى الانف اذا استوعب جذعا الدية (قوله الثلاث من أول الشهر تسمى غررا) جمع غرة وغرة كل شىء أوله وأكرمه. والعرب تسمى كل ثلاث من الشهر باسم: فتقول للثلاث الاول غرر ثم نفل ثم تسع ثم عشر وثلاث بيض وثلاث درع ثم ظلم ثم حنادس ثم دادى ثم محاق (قوله بهر ضوءه) يقال بهر القمر اذا أضاء حتى غلب ضوءه ضوء الكواكب. يقال قمر باهر

أول الشهر فقضى اثناعشر شهرا بالاهلة طلقت فان كان فى أثناء الشهر حسب مابقى من الشهر الهلالى فان بقى خمسة أيام عد بعدها أحد عشر شهرا بالاهلة ثم عد خمسة وعشرين يوما من الشهر الثانى عشر لانه تعذر اعتبار الهلال فى شهر فعدشهرا بالعدد كما نقول فى الشهر الذى غم عليهم الهلال فى الصوم فان قال أردت سنة بالعدد وهى ثلثمائة وستون يوما أوسنة شمسية وهى ثلثمائة وخمسة وستون يوما لم يقبل فى الحكم لانه يدعى مايتأخر به الطلاق عن الوقت الذى يقتضيه لان السنة الهلالية ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدس يوم ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لانه يحتمل مايدعيه وان قال اذا مضت السنة فأنت طالق طلقت اذا امضت بقية سنة التاريخ وهو انسلاخ ذى الحجه قلت البقية أوكثرت لان التعريف بالالف واللام يقتضى ذلك فان قال أردت سنة كاملة دين لانه يحتمل مايدعيه ولايقبل فى الحكم لانه يدعى مايتأخر به الطلاق عن الوقت الذى يقتضيه فان قال أنت طالق فى كل سنة طلقة حسبت السنة من حين العقد كما اذا حلف لايكلم فلانا سنة جعل ابتداء السنة من حين اليمين وكما اذا باع بثمن مؤجل اعتبر ابتداء الاجل من حين العقد فاذا مضى من السنة بعد العقد أدنى جزء طلقت طلقة لانه جعل السنة محلا للطلاق وقد دخل فيها فوقع كما لو قال أنت طالق فى شهر رمضان فدخل الشهر

﴿ فصل ﴾ وان قال أنت طالق فى الشهر الماضى فالمنصوص انها تطلق فى الحال وقال الربيع فيه قول آخر انها لاتطلق وقال فيمن قال لامرأته ان طرت أو صعدت السماء فأنت طالق انها لاتطلق واختلف أصحابنا فيه فنقل أبو على بن خيران جوابه فى كل واحدة من المسألتين الى الاخرى وجعلهما على قولين أحدهما تطلق لانه علق الطلاق على صفة مستحيلة فألغيت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال لمن لاسنة ولابدعة فى طلاقها أنت طالق للسنة أو للبدعة والثانى لاتطلق لانه علق الطلاق على شرط ولم يوجد فلم يقع وقال أكثر أصحابنا اذا قال أنت طالق فى الشهر الماضى طلقت وان قال ان طرت أوصعدت السماء فأنت طالق لم تطلق قولا واحدا وما قاله الربيع من تخريجه والفرق بينهما أن الطيران وصعود السماء لايستحيل فى قدرة الله عز وجل وقد جعل لجعفر بن أبى طالب رضى الله عنه جناحان يطير بهما وقد أسرى برسول الله صلى الله عليه وسلم وايقاع الطلاق فى زمان ماض مستحيل

﴿ فصل ﴾ وان قال ان قدم زيد فأنت طالق قبله بشهر فقدم زيد بعد شهر طلقت قبل قدومه بشهر لانه ايقاع طلاق بعد عقده وان قدم قبل شهر ففيه وجهان أحدهما انه كالمسئلة قبلها وهو اذا قال أنت طالق فى الشهر الماضى لانه ايقاع طلاق قبل عقده والثانى وهو قول أكثر أصحابنا أنه لايقع الطلاق ههنا قولا واحدا لانه علق الطلاق على صفة وقد كان وجودها ممكنا فوجب اعتباره وايقاع الطلاق فى زمان ماض غير ممكن فسقط اعتباره

﴿ فصل ﴾ وان قال أنت طالق قبل موتى بشهر فمات قبل مضى شهر لم تطلق لتقدم الشرط على العقد وان مضى شهر ثم مات عقيبه لم تطلق لان وقوع الطلاق مع اللفظ وان مضى شهر وجزء ثم مات طلقت فى ذلك الجزء وان قال أنت طالق ثلاثا قبل قدوم زيد بشهر ثم خالعها بعد يومين أوثلاثة وقدم زيد بعد هذا القول بأكثر من شهر لم يصح الخلع لانها بانت بالطلاق فلم يصح الخلع بعده وان قدم بعد الخلع بأكثر من شهر صح الخلع لأنه صادف الملك فلم يقع الطلاق بالصفة

﴿ فصل ﴾ وان قال أنت طالق فى اليوم الذى يقدم فيه زيد فقدم ليلا لم تطلق لانه لم يوجد الشرط وان قال أردت باليوم الوقت قبل منه لانه قد يستعمل اليوم فى الوقت كما قال الله عز وجل ومن يولهم يومئذ دبره وهو غير متهم فيه فقبل منه وان ماتت المرأة فى أول اليوم الذى قدم زيد فى آخره فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو بكر بن الحداد المصرى يقع الطلاق لانه اذا قال أنت طالق فى يوم السبت طلقت بطلوع الفجر فاذا قال أنت طالق فى اليوم الذى يقدم فيه زيد فقدم وجب ان يقع بعد طلوع الفجر فى اليوم الذى يقدم فيه زيد وقد قدم وكانت باقية بعد طلوع الفجر فوجب ان يقع الطلاق ومن أصحابنا من قال لايقع لانه جعل الشرط فى وقوع الطلاق قدوم زيد وقدوم زيد وجد بعد موت المرأة فلا يجوز ان يقع الطلاق ويخالف قوله أنت طالق يوم السبت فانه

(قوله التاريخ) هو تعريف الوقت والتواريخ مثله وأرخت الكتاب بيوم كذا أوورخته بمعنى وانسلخ الشهر مضيه وزواله الشهر من سنته والرجل من ثيابه والحية من جلدها (قوله فألغت الصفة) أى بطلت يقال لغا يلغو لغوا اذا قال قولا لاحقيقة له قال الله تعالى لايؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولغى يلغو مثله ولغا يلغا لغة ثالثة

علق الطلاق على شرط واحد وهو اليوم وههنا علق على شرطين اليوم وقدوم زيد وقدوم زيد وجد وقدمات المرأة فلم يلحقها الطلاق

﴿ فصل ﴾ وان قال ان لم أطلقك اليوم فأنت طالق اليوم فمضى اليوم ولم يطلقها ففيه وجهان أحدهما لا تطلق لان مضى اليوم شرط فى وقوع الطلاق فى اليوم ولا يوجد شرط الطلاق الا بعد مضى محل الطلاق فلم يقع والثانى يقع وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله لان قوله ان لم أطلقك اليوم معناه ان فاتنى طلاقك اليوم فاذا بقى من اليوم ما لا يمكنه ان يقول فيه أنت طالق فقد فاته فوقع الطلاق فى بقيته وان قال لعبده ان لم أبعك اليوم فامرأتى طالق فاعتقه طلقت المرأة لأن معناه ان فاتنى بيعك وقد فاته بيعه بالعتق

﴿ فصل ﴾ اذا تزوج بجارية أبيه ثم قال اذا مات أبى فأنت طالق فمات أبوه ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس بن سريج انها لا تطلق لانه اذا مات الأب ملكها فانفسخ النكاح ويكون الفسخ فى زمان الطلاق فوقع الفسخ وانفسخ الطلاق كما لو قال الرجل لزوجته ان مت فأنت طالق ثم مات والثانى وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله انها تطلق ولا يقع الفسخ لأن صفة الطلاق توجد عقيب الموت وهو زمان الملك والفسخ يقع بعد الملك فيكون زمان الطلاق سابقا لزمان الفسخ فوقع الطلاق ولم يقع الفسخ وان قال الأب لجاريته أنت حرة بعد موتى وقال الابن أنت طالق بعد موت أبى فمات الأب وقع العتق والطلاق لأن العتق يمنع من الدخول فى ملك الابن فوقع العتق والطلاق معا

﴿ فصل ﴾ اذا كتب اذا أتاك كتابى هذا فانت طالق ونوى الطلاق فضاع الكتاب لم يقع الطلاق لأنه لم يأتها الكتاب وان وصل وقد ذهبت الحواشى وبقى موضع الكتابة وقع الطلاق لأن الكتاب هو المكتوب وان أتاها وقد امحى الكتاب لم تطلق أيضا لأنه لم يأتها الكتاب وان انطمس حتى لا يفهم منه شىء لم تطلق لأنه ليس بكتاب فهو كما لو جاءها كتاب فيه صورة وان جاء وقد امحى بعضه فان كان الذى امحى موضع الطلاق لم يقع لأن المقصود لم يأتها وان بقى موضع الطلاق وذهب الباقى فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق يقع لأن المقصود من الكتاب قد أتاها ومن أصحابنا من قال لا يقع لأنه قال اذا جاءك كتابى هذا وذلك يقتضى جميعه واذا قال اذا أتاك كتابى فأنت طالق فأتاها الكتاب وقد امحى الجميع الا موضع الطلاق وقع الطلاق لأنه أتاها كتابه وان قال ان أتاك طلاقى فأنت طالق وكتب اذا أتاك كتابى فأنت طالق ونوى الطلاق وأتاها الكتاب طلقت طلقتين طلقة بمجىء الكتاب وطلقة بمجىء الطلاق

﴿ فصل ﴾ وان قال ان قدم فلان فأنت طالق فقدم به ميتا أو حمل مكرها لم تطلق لأنه ما قدم وانما قدم به وان أكره حتى قدم بنفسه ففيه قولان كالقولين فيمن أكره حتى أكل فى الصوم وان قدم مختارا وهو غير عالم باليمين فان كان ممن لا يقصد الزوج منعه من القدوم بيمينه كالسلطان طلقت لأنه طلاق معلق على صفة وقد وجدت الصفة وان كان ممن يقصد الزوج منعه من القدوم بيمينه فعلى القولين فيمن حلف لا يفعل شيئا ففعله ناسيا

﴿ فصل ﴾ وان قال ان خرجت الا باذنى فانت طالق فخرجت بالاذن انحلت اليمين فان خرجت بعد ذلك بغير الاذن لم تطلق لان قوله ان خرجت لا يقتضى التكرار والدليل عليه انه لو قال لها ان خرجت فأنت طالق فخرجت مرة طلقت ولو خرجت مرة أخرى لم تطلق فصار كما لو قال ان خرجت مرة الا باذنى فأنت طالق وان قال كلما خرجت الا باذنى فأنت طالق ثم خرجت بغير الاذن طلقت طلقة وان خرجت مرة ثانية بغير الاذن وقعت طلقة أخرى وان خرجت مرة ثالثة وقعت طلقة أخرى لان اللفظ يقتضى التكرار وان قال ان خرجت الى غير الحمام بغير اذنى فأنت طالق فخرجت الى الحمام ثم عدلت الى غير الحمام لم يحنث لأن الخروج كان الى الحمام وان خرجت الى غير الحمام ثم عدلت الى الحمام حنث بخروجها الى غير الحمام بغير الاذن وان خرجت الى الحمام والى غيره وجمعت بينهما فى القصد عند الخروج ففيه وجهان أحدهما لا يحنث لأن الحنث علقه على الخروج الى غير الحمام وهذا الخروج مشترك بين الحمام وغيره والثانى يحنث لأنه وجد الخروج الى غير الحمام بغير الاذن وانضم اليه غيره فوجب ان يحنث كما لو قال ان كلمت زيدا فأنت طالق ثم كلمت زيدا وعمرا وان قال ان خرجت الا باذنى فأنت طالق فاذن لها ولم تعلم بالاذن ثم خرجت لم تطلق لأنه علق الخلاص من الحنث بمعنى من جهته يختص به وهو الاذن وقد وجد الاذن والدليل عليه انه يجوز لمن

عرفة أن يخبر به المرأة فلم يعتبر علمها فيه كما لو قال ان خرجت قبل أن أقوم فأنت طالق ثم قام ولم تعلم به

﴿ فصل ﴾ وان قال لها ان خالفت أمري فأنت طالق ثم قال لها لا تكلمي أباك فكلمته لم تطلق لانها لم تخالف أمره وانما خالفت نهيه وان قال ان بدأتك بالكلام فأنت طالق وقالت المرأة وان بدأتك بالكلام فعبدي حر فكلمها لم تطلق المرأة ولم يعتق العبد لأن يمينه انحلت بيمينها بالعتق ويمينها انحلت بكلامه وان قال أنت طالق ان كلمتك وأنت طالق ان دخلت الدار طلقت لأنه كلمها باليمين الثانية وان قال أنت طالق ان كلمتك ثم أعاد ذلك طلقت لأنه كلمها بالاعادة وان قال ان كلمتك فأنت طالق فاعلمي ذلك طلقت لأنه كلمها بقوله فاعلمي ذلك ومن أصحابنا من قال ان وصل الكلام باليمين لم تطلق لأنه من صلة الأول

﴿ فصل ﴾ اذا قال لامرأته ان كلمت رجلا فأنت طالق وان كلمت فقيها فأنت طالق وان كلمت طويلا فأنت طالق فكلمت رجلا طويلا فقيها طلقت ثلاثا لأنه اجتمع صفات الثلاثة فوقع بكل صفة طلقة

﴿ فصل ﴾ وان قال ان رأيت فلانا فأنت طالق فرأته ميتا أو نائما طلقت لانها رأته وان رأته في مرآة أو رأت ظله في الماء لم تطلق لأنها ما رأته وانما رأت مثاله وان رأته من وراء زجاج شفاف طلقت لانها رأته حقيقة

﴿ فصل ﴾ وان كانت في ماء جار فقال لها ان خرجت منه فأنت طالق وان وقفت فيه فأنت طالق لم تطلق خرجت أو وقفت لأن الذي كانت فيه من الماء مضى بجريانه فلم تخرج منه ولم تقف فيه وان كان في فيها تمرة فقال ان أكلتها فأنت طالق وان رميتها فأنت طالق وان أمسكتها فأنت طالق فأكلت نصفها لم تطلق لأنها ما أكلتها ولا رمتها ولا أمسكتها وان كانت معه تمرة فقال ان أكلتها فأنت طالق فرماها الى تمر كثير فأكل جميعه وبقي تمرة لايعلم أنها المحلوف عليها أو غيرها لم تطلق لجواز أن تكون هي المحلوف عليها فلم تطلق بالشك وان أكل تمرا كثيرا فقال لها ان لم تخبريني بعدد ما أكلت فأنت طالق فعدت من واحد الى عدد يعلم ان ما أكل دخل فيه لم تطلق لأنها أخبرته بعدد ما أكل وان أكلا تمرا واختلط النوى فقال ان لم تميزي نوى ما أكلت من نوى ما أكلت فأنت طالق فأفردت كل نواة لم تطلق لأنها ميزت وان اتهمها بسرقة شيء فقال أنت طالق ان لم تصدقيني أنك سرقت أم لا فقالت سرقت وما سرقت لم تطلق لأنها صدقته في أحد الخبرين وان قال ان سرقت مني شيئا فأنت طالق وسلم اليها كيسا فأخذت منه شيئا لم تطلق لأن ذلك ليس بسرقة وانما هو خيانة

﴿ فصل ﴾ وان قال من بشرتني بقدوم زيد فهي طالق فأخبرته امرأته بقدوم زيد وهي صادقة طلقت لأنها بشرته وان كانت كاذبة لم تطلق لأن البشارة ما بشر به الانسان ولاسر في الكذب وان أخبرتاه بقدومه واحدة بعد واحدة وهما صادقتان طلقت الأولى دون الثانية لأن المبشرة هي الاولى وان أخبرتاه معا طلقتا لاشتراكهما في البشارة وان قال من أخبرتني بقدوم زيد فهي طالق فأخبرته امرأته بقدوم زيد طلقت صادقة كانت أو كاذبة لأن الخبر يوجد مع الصدق والكذب فان أخبرته احداهما بعد الاخرى أو أخبرتاه معا طلقتا لأن الخبر وجد منهما

﴿ فصل ﴾ وان قال أنت طالق ان شئت فقالت في الحال شئت طلقت وان قالت شئت ان شئت فقال شئت لم تطلق لأنه علق الطلاق على مشيئتها ولم توجد منها مشيئة الطلاق وانما وجد منها تعليق مشيئتها بمشيئته فلم يقع الطلاق كما لو قالت شئت اذا طلعت الشمس وان قال أنت طالق ان شاء زيد فقال زيد شئت طلقت وان لم يشأ زيد لم تطلق وان شاء وهو مجنون لم تطلق لأنه لا مشيئة له وان شاء وهو سكران فعلى ما ذكرناه من طلاقه وان شاء وهو صبي ففيه وجهان أحدهما تطلق لأن له مشيئة ولهذا يرجع الى مشيئته في اختيار أحد الأبوين في الحضانة والثاني لا تطلق معه لأنه لا حكم لمشيئته في التصرفات وان كان أخرس فأشار الى المشيئة وقع الطلاق كما يقع طلاقه اذا أشار الى الطلاق وان كان ناطقا فخرس فأشار ففيه وجهان أحدهما لايقع وهو اختيار الشيخ أبي حامد الاسفرايني رحمه الله لأن مشيئته عند الطلاق كانت بالنطق والثاني أنه يقع وهو الصحيح لأنه في حال بيان المشيئة من أهل الاشارة والاعتبار بحال البيان لا بما تقدم ولهذا لو كان عند الطلاق أخرس ثم صار ناطقا كانت مشيئته بالنطق وان قال أنت طالق ان شاء الحمار فهو كما لو قال أنت طالق ان طرت أو صعدت الى السماء وقد بيناه وان قال أنت طالق لفلان أو لرضى فلان طلقت في الحال لأن معناه أنت طالق ليرضى فلان كما يقول لعبده أنت حر لوجه الله أو لمرضاة الله وان قال

أنت طالق لرضى فلان ثم قال أردت ان رضى فلان على سبيل الشرط دين فيما بينه و بين الله عز وجل لأنه يحتمل مايدعيه وهل يقبل فى الحكم فيه وجهان أحدهما لايقبل لأن ظاهر اللفظ يقتضى انجاز الطلاق فلم يقبل قوله فى تأخيره كما لو قال أنت طالق وادعى أنه أراد ان دخلت الدار والثانى أنه يقبل لأن اللفظ يصلح للتعليل والشرط فقبل قوله فى الجميع

﴿ فصل ﴾ وان قال ان كلمتك أو دخلت دارك فأنت طالق طلقت بكل واحدة من الصفتين وان قال ان كلمتك ودخلت دارك فأنت طالق لم تطلق الا بوجودهما سواء قدم الكلام أو الدخول لأن الواو تقتضى الجمع دون الترتيب وان قال ان كلمتك فدخلت دارك فأنت طالق لم تطلق الا بوجود الكلام والدخول والتقديم للكلام على الدخول لأن الفاء فى العطف للترتيب فيصير كما لو قال ان كلمتك ثم دخلت دارك فأنت طالق وان قال ان كلمتك وان دخلت دارك فأنت طالق طلقت بوجود كل واحدة منهما طلقة لأنه كرر حرف الشرط فوجب لكل واحدة منهما جزاء وان قال لزوجتين ان دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان فدخلت احداهما احدى الدارين ودخلت الثانية الدار الأخرى ففيه وجهان أحدهما تطلقان لان دخول الدارين وجد منهما والثانى لاتطلقان وهو الصحيح لأنه علق طلاقه بدخول الدارين فلا تطلق واحدة منهما بدخول احدى الدارين كما لو علق طلاق كل واحدة منهما بدخول الدارين بلفظ مفرد وان قال ان أكلتما هذين الرغيفين فأنتما طالقان فأكلت كل واحدة منهما رغيفا فعلى الوجهين

﴿ فصل ﴾ وان قال أنت طالق ان ركبت ان لبست لم تطلق الا باللبس والركوب و يسميه أهل النحو اعتراض الشرط على الشرط فان لبست ثم ركبت طلقت وان ركبت ثم لبست لم تطلق لأنه جعل اللبس شرطا فى الركوب فوجب تقديمه وان قال أنت طالق اذا قمت اذا قعدت لم تطلق حتى يوجد القيام والقعود و يتقدم القعود على القيام لأنه جعل القعود شرطا فى القيام وان قال ان أعطيتك ان وعدتك ان سألتنى فأنت طالق لم تطلق حتى يوجد السؤال ثم الوعد ثم العطية لأنه شرط فى العطية الوعد وشرط فى الوعد السؤال وكأن معناه ان سألتنى شيئا فوعدتك فأعطيتك فانت طالق وان قال ان سألتنى ان أعطيتك ان وعدتك فأنت طالق لم تطلق حتى تسأل ثم يعدها ثم يعطيها لأن معناه ان سألتنى فأعطيتك ان وعدتك فأنت طالق

﴿ فصل ﴾ وان قال أنت طالق أن دخلت الدار بفتح الالف أو أنت طالق أن شاء الله بفتح الألف وهو ممن يعرف النحو طلقت فى الحال لأن معناه أنت طالق لدخولك الدار أو لمشيئة الله عز وجل طلاقك وان قال أنت طالق اذ دخلت الدار وهو ممن يعرف النحو طلقت فى الحال لأن اذ لما مضى

﴿ فصل ﴾ وان قال ان دخلت الدار أنت طالق بحذف الفاء لم تطلق حتى تدخل الدار لأن الشرط ثبت بقوله ان دخلت الدار ولهذا لو قال أنت طالق ان دخلت الدار ثبت الشرط وان لم يأت بالفاء وان قال ان دخلت الدار فأنت طالق وقال أردت ايقاع الطلاق فى الحال قبل من غير يمين لانه اقرار على نفسه وان قال أردت أن أجعل دخولها الدار وطلاقها شرطين لعتق أو طلاق آخر ثم سكت عن الجزاء قبل قوله مع اليمين لأنه يحتمل مايدعيه وان قال أردت الشرط والجزاء وأقمت الواو مقام الفاء قبل قوله مع اليمين لانه يحتمل مايدعيه وان قال وان دخلت الدار فأنت طالق وقال أردت به الطلاق فى الحال قبل قوله من غير يمين لانه اقرار بالطلاق وان قال أردت تعليق الطلاق بدخول الدار قبل قوله مع يمينه لانه يحتمل مايدعيه

﴿ فصل ﴾ اذا قال لزوجته وأجنبية احداكما طالق ثم قال أردت به الأجنبية قبل قوله مع اليمين وان كانت لزوجة اسمها زينب وجارة اسمها زينب فقال زينب طالق وقال أردت بها الجارة لم يقبل والفرق بينهما أن قوله احداكما طالق صريح فيهما وانما يحمل على زوجته بدليل وهو أنه لا يطلق غير زوجته فاذا صرفه الى الاجنبية فقد صرفه الى مالا يقتضيه تصريحه فقبل منه وليس كذلك قوله زينب طالق لانه ليس بصريح فى واحدة منهما وانما يتناولها من جهة الدليل وهو الاشتراك فى الاسم ثم يقابل هذا الدليل دليل آخر وهو أنه لايطلق غير زوجته فصار اللفظ فى زوجته أظهر فلم يقبل خلافه

﴿ فصل ﴾ وان كانت له زوجتان اسم احداهما حفصة واسم الاخرى عمرة فقال ياحفصة فأجابته عمرة فقال لها أنت طالق ثم قال أردت طلاق حفصة وقع الطلاق على عمرة بالمخاطبة وعلى حفصة باعترافه بأنه أراد طلاقها وان قال ظننتها حفصة فقلت أنت طالق طلقت عمرة ولم تطلق حفصة لانه لم يخاطبها ولم يعترف بطلاقها وان رأى امرأة اسمها حفصة فقال حفصة

طالق ولم يشر الى التي رآها وقع الطلاق على ز وجته حفصة ولم يقبل قوله لم أردها لان الظاهر أنه أراد طلاق ز وجته ولم يعارض هذا الظاهر غيره

﴿ فصل ﴾ اذا قال لامرأته اذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثا ثم قال لها أنت طالق فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال يقع عليها طلقة بقوله أنت طالق ولا يقع من الثلاث قبلها شيء كما اذا قال لها اذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثا ثم ارتدت انفسخ نكاحها ولم يقع من الثلاث شيء ومنهم من قال يقع بقوله أنت طالق طلقة وطلقتان من الثلاث وهو قول أبي عبد الله الختن لانه يقع بقوله أنت طالق طلقة ويقع ما بقي بالشرط وهو طلقتان ومنهم من قال لا يقع عليها بعد هذا القول طلاق وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي بكر بن الحداد المصري والشيخ أبي حامد الاسفرايني والقاضي أبي الطيب الطبري وهو الصحيح عندي والدليل عليه أن ايقاع الطلاق يؤدي الى اسقاطه لأنا اذا أوقعنا عليها طلقة لزمنا أن نوقع عليها قبلها ثلاثا بحكم الشرط واذا وقع قبلها الثلاث لم تقع الطلقة وما أدى ثبوته الى نفيه سقط ولهذا قال الشافعي رحمه الله فيمن ز وج عبده بحرة بألف درهم وضمن صداقها ثم باع العبد منها بتلك الالف قبل الدخول ان البيع لا يصح لان صحته تؤدي الى ابطاله فانه اذا صح البيع انفسخ النكاح بملك الز وج واذا انفسخ النكاح سقط المهر لان الفسخ من جهتها واذا سقط المهر سقط الثمن لان الثمن هو المهر واذا سقط الثمن بطل البيع فأبطل البيع حين أدى تصحيحه الى ابطاله فكذلك ههنا ويخالف الفسخ بالردة فان الفسخ لا يقع بايقاعه وانما تقع الردة والفسخ من موجباتها والطلاق الثلاث لا ينافي الردة فصحت الردة وثبت موجبها وهو الفسخ والطلاق يقع بايقاعه والثلاث قبله تنافيه فمنع صحته فعلى هذا ان حلف على امرأته بالطلاق الثلاث أنه لا يفعل شيئا وأراد أن يفعله ولا يحنث فقال اذا وقع على امرأتي طلاق فهي طالق قبله ثلاثا ففيه وجهان أحدهما يحنث اذا فعل المحلوف عليه لان عقد اليمين صح فلا يملك رفعه والثاني لا يحنث لانه يجوز أن يعلق الطلاق على صفة ثم يسقط حكمه بصفة أخرى والدليل عليه أنه اذا قال اذا دخل رأس الشهر فأنت طالق ثلاثا صحت هذه الصفة ثم يملك اسقاطها بأن يقول أنت طالق قبل انقضاء الشهر بيوم

﴿ فصل ﴾ اذا علق طلاق امرأته على صفة من يمين أو غيرها ثم بانت منه ثم تزوجها قبل وجود الصفة ففيه ثلاثة أقوال أحدها لا يعود حكم الصفة في النكاح الثاني وهو اختيار المزني لانها صفة علق عليها الطلاق قبل النكاح فلم يقع بها الطلاق كما لو قال لأجنبية ان دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها ودخلت الدار والثاني أنها تعود ويقع بها الطلاق وهو الصحيح لان العقد والصفة وجدا في عقد النكاح فأشبه اذا لم يتخللهما بينونة والثالث أنها ان بانت بما دون الثلاث عاد حكم الصفة وان بانت بالثلاث لم تعد لان بالثلاث انقطعت علائق الملك وبما دون الثلاث لم تنقطع علائق الملك ولهذا يبنى أحد العقدين على الآخر في عدد الطلاق فيما دون الثلاث ولا يبنى بعد الثلاث وان علق عتق عبده على صفة ثم باعه ثم اشتراه قبل وجود الصفة ففيه وجهان أحدهما أن حكمه حكم الزوجة اذا بانت بما دون الثلاث لانه يمكنه أن يشتريه بعد البيع كما يمكنه أن يتزوج البائن بما دون الثلاث والثاني أنه كالبائن بالثلاث لان علائق الملك قد زالت بالبيع كما زالت في البائن بالثلاث

﴿ فصل ﴾ وان علق الطلاق على صفة ثم أبانها ووجدت الصفة في حال البينونة انحلت الصفة فان تزوجها لم يعد حكم الصفة وكذلك اذا علق عتق عبده على صفة ثم باعه ووجدت الصفة قبل أن يشتريه انحلت الصفة فان اشتراه لم يعد حكم الصفة وقال أبو سعيد الاصطخري رحمه الله لا تنحل الصفة لان قوله ان دخلت الدار فأنت طالق مقدر بالزوجة وقوله ان دخلت الدار فأنت حر مقدر بالملك لان الطلاق لا يصح في غير الزوجية والعتق لا يصح في غير ملك فيصير كما لو قال ان دخلت الدار وأنت زوجتي فأنت طالق وان دخلت الدار وأنت مملوكي فأنت حر والمذهب الاول لان اليمين اذا علقت على عين تعلقت بها ولا تقدر فيها الملك والدليل عليه أنه لو قال ان دخلت هذه الدار فأنت طالق والدار في ملكه فباعها ثم دخلها وقع الطلاق ولا يجعل كما لو قال ان دخلت هذه الدار وهي في ملكي فأنت طالق فكذلك ههنا والله أعلم

﴿ باب الشك فى الطلاق واختلاف الزوجين فيه ﴾

اذا شك الرجل هل طلق امرأته أم لا لم تطلق لان النكاح بقين واليقين لا يزال بالشك والدليل عليه ماروى عبدالله بن زيد رضى الله عنه أن النبى ﷺ سئل عن الرجل يخيل اليه أنه يجد الشىء فى الصلاة فقال لاينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا والورع أن يلتزم الطلاق لقوله ﷺ دع مايريبك الى مالا يريبك فان كان بعد الدخول راجعها وان كان قبل الدخول جدد نكاحها وان لم يكن له فيها رغبة طلقها لتحل لغيره بيقين وان شك فى عدده بنى الأمر على الأقل لماروى عبدالرحمن بن عوف رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال اذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدر أواحدة صلى أو اثنتين فليبن على واحدة وان لم يدر اثنتين صلى أم ثلاثا فليبن على اثنتين وان لم يدر أثلاثا صلى أم أربعا فليبن على ثلاث ويسجد سجدتين قبل أن يسلم فرد الى الأقل ولان الأقل يقين والزيادة مشكوك فيها فلا يزال اليقين بالشك والورع أن يلتزم الاكثر فان كان الشك الثلاث ومادونها طلقها ثلاثا حتى تحل لغيره بيقين

﴿ فصل ﴾ وان كانت له امرأتان فطلق احداهما بعينها ثم نسيها أو خفيت عليه عينها بأن طلقها فى ظلمة أو من وراء حجاب رجع اليه فى تعيينها لانه هو المطلق ولا تحل له واحدة منهما قبل أن يعين ويؤخذ بنفقتهما الى أن يعين لانهما محبوستان عليه فان عين الطلاق فى احداهما فكذبته احلف للأخرى لان المعينة لو رجع فى طلاقها لم يقبل وان قال طلقت هذه لا بل هذه طلقتا فى الحكم لانه أقر بطلاق الاولى ثم رجع الى الثانية فقبلنا اقراره بالثانية ولم يقبل رجوعه فى الاولى وان كن ثلاثا فقال طلقت هذه لا بل هذه لا بل هذه طلقن جميعا وان قال طلقت هذه أو هذه لا بل هذه طلقت الثالثة وواحدة من الاوليين وأخذ بتعيينها لانه أقر أنه طلق احدى الاوليين ثم رجع الى أن المطلقة هى الثالثة فلزمه مارجع اليه ولم يقبل رجوعه عما أقر به وان قال طلقت هذه لا بل هذه أو هذه طلقت الاولى وواحدة من الأخريين وان قال طلقت هذه أو هذه وهذه أخذ ببيان الطلاق فى الأولى والأخريين فان عين فى الأولى بقيت الأخريان على النكاح وان قال لم أطلق الاولى طلقت الأخريان لان الشك فى الأولى والاخريين فهو كما لو قال طلقت هذه أو هاتين ولا يجوز له أن يعين بالوطء فان وطىء احداهما لم يكن ذلك تعيينا للطلاق فى الأخرى فيطالب بالتعيين بالقول فان عين الطلاق فى الموطوأة لزمه مهر المثل واذا عين وجبت العدة من حين الطلاق

﴿ فصل ﴾ وان طلق احدى المرأتين بغير عينها أخذ بتعيينها ويؤخذ بنفقتهما الى أن يعين وله أن يعين الطلاق فيمن شاء منهما فان قال هذه لا بل هذه طلقت الاولى ولم تطلق الأخرى لان تعيين الطلاق الى اختياره وليس له أن يختار الا واحدة فاذا اختار احداهما لم يبق له اختيار وهل له أن يعين الطلاق بالوطء فيه وجهان أحدهما لا يعين بالوطء وهو قول أبى على ابن أبى هريرة لان احداهما محرمة بالطلاق فلم يتعين بالوطء كما لو طلق احداهما بعينها ثم أشكلت فعلى هذا يؤخذ بعد الوطء بالتعيين بالقول فان عين الطلاق فى الموطوأة لزمه المهر والثانى يتعين وهو قول أبى اسحق واختيار المزنى وهو الصحيح لانه اختيار شهوة والوطء قد دل على الشهوة وفى وقت العدة وجهان أحدهما من حين يلفظ بالطلاق لانه وقت وقوع الطلاق والثانى من حين التعيين وهو قول أبى على ابن أبى هريرة رحمه الله لانه وقت تعيين الطلاق

﴿ فصل ﴾ وان ماتت الزوجتان قبل التعيين وبقى الزوج وقف من مال كل واحدة منهما نصف الزوج فان كان قد طلق احداهما بعينها فعين الطلاق فى احداهما أخذ من تركة الأخرى مايخصه وان كذبه ورثتها فالقول قوله مع يمينه وان كان قد طلق احداهما بغير عينها فعين الطلاق فى احداهما دفع اليه من مال الأخرى مايخصه وان كذبه ورثتها فالقول قوله من غير يمين لان هذا اختيار شهوة وقد اختار ما اشتهى وان مات الزوج وبقيت الزوجتان وقف لهما من ماله نصيب زوجة الى أن يصطلحا لانه قد ثبت ارث احداهما بيقين وليست احداهما بأولى من الأخرى فوجب أن يوقف الى أن يصطلحا لانه قد ثبت ارث احداهما

﴿ ومن باب الشك فى الطلاق واختلاف الزوجين ﴾

(قوله دع مايريبك) الريب الشك لاريب فيه لاشك فيه قال الشاعر * كأنما أربتهم بريب * يقال رابنى فلان اذا رأيت منه ماليريبك أى تكرهه [قوله اذا شك] أى سها والسهو الغفلة يقال سها عن الشىء فهو ساه

بيقين فان قال وارث الزوج أنا أعرف الزوجة منهما ففيه قولان أحدهما يرجع اليه لانه لما قام مقامه فى استلحاق النسب قام مقامه فى تعيين الزوجة والثانى لا يرجع اليه لان كل واحدة منهما زوجة فى الظاهر وفى الرجوع الى بيانه اسقاط وارث مشارك والوارث لا يملك اسقاط من يشاركه فى الميراث واختلف أصحابنا فى موضع القولين فقال أبو اسحق القولان فيمن عين طلاقها ثم أشكلت وفيمن طلق احداهما من غير تعيين ومنهم من قال القولان فيمن عين طلاقها ثم أشكلت لانه اخبار فجاز أن يخبر الوارث عن الموروث وأما اذا طلق احداهما من غير تعيين فانه لا يرجع الى الوارث قولا واحدا لانه اختيار شهوة فلم يقم الوارث فيه مقام الموروث كما لو أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة ومات قبل أن يختار أربعا منهن

﴿فصل﴾ وان طلق احدى زوجتيه ثم ماتت احداهما ثم مات الزوج قبل البيان عزل من تركة الميتة قبله ميراث زوج لجواز أن تكون هى الزوجة ويعزل من تركة الزوج ميراث زوجة لجواز أن تكون الباقية زوجة فان قال وارث الزوج الميتة قبله مطلقة فلا ميراث لى منها والباقية زوجة فلها الميراث سمع قبل لانه اقرار على نفسه بما يضره فان قال الميتة هى الزوجة فلى الميراث من تركتها والباقية هى المطلقة فلا ميراث لها معى فان صدق على ذلك حمل الأمر على ما قال فان كذب بأن قال وارث الميتة انها هى المطلقة فلا ميراث لك منها وقالت الباقية أنا الزوجة فلى معك الميراث ففيه قولان أحدهما يرجع الى بيان الوارث فيحلف لورثة الميتة أنه لا يعلم انه طلقها ويستحق من تركتها ميراث الزوج ويحلف للباقية أنه طلقها ويسقط ميراثها من الزوج والثانى لا يرجع الى بيان الوارث فيجعل ما عزل من ميراث الميتة موقوفا حتى يصطلح عليه وارث الزوج ووارث الزوجة وما عزل من ميراث الزوج موقوفا حتى تصطلح عليه الباقية ووارث الزوج

﴿فصل﴾ وان كانت له زوجتان حفصة وعمرة فقال يا حفصة ان كان أول ولد تلدينه ذكرا فعمرة طالق وان كان أنثى فأنت طالق فولدت ذكرا وأنثى واحدا بعد واحد وأشكل المتقدم منهما طلقت احداهما بعينها وحكمها حكم من طلق احدى المرأتين بعينها ثم أشكلت عليه وقد بيناه

﴿فصل﴾ وان رأى طائرا فقال ان كان هذا الطائر غرابا فنسائى طوالق وان كان حماما فاما فامائى حرائر ولم يعرف لم تطلق النساء ولم تعتق الاماء لجواز أن يكون الطائر غيرهما والأصل بقاء الملك والزوجية فلا يزال بالشك وان قال ان كان هذا غرابا فنسائى طوالق وان كان غير غراب فامائى حرائر ولم يعرف منع من التصرف فى الاماء والنساء لانه تحقق زوال الملك فى أحدهما فصار كما لو طلق احدى المرأتين ثم أشكلت ويؤخذ بنفقة الجميع الى أن يعين لان الجميع فى حبسه ويرجع فى البيان اليه لأنه يرجع اليه فى أصل الطلاق والعتق فكذلك فى تعيينه فان امتنع من التعيين مع العلم به حبس حتى يعين وان لم يعلم لم يحبس ووقف الأمر الى أن يتبين وان مات قبل البيان فهل يرجع الى الورثة فيه وجهان أحدهما يرجع اليهم لانهم قائمون مقامه والثانى لا يرجع لانهم لا يملكون الطلاق فلم يرجع اليهم فى البيان ومتى تعذر البيان أقرع بين النساء والاماء فان خرجت القرعة على الاماء عتقن وبقى النساء على الزوجية وان خرجت القرعة على النساء رق الاماء ولم تطلق النساء وقال أبو ثور تطلق النساء بالقرعة كما تعتق الاماء وهذا خطأ لان القرعة لها مدخل فى العتق دون الطلاق ولهذا لو طلق احدى نسائه لم تطلق بالقرعة ولو أعتق أحد عبيده عتق بالقرعة فدخلت القرعة فى العتق دون الطلاق كما يدخل الشاهد والمرأتان فى السرقة لاثبات المال دون القطع ويثبت للنساء الميراث لانه لم يثبت بالقرعة ما يسقط الارث

﴿فصل﴾ وان طار طائر فقال رجل ان كان هذا الطائر غرابا فعبدى حر وقال الآخر ان لم يكن غرابا فعبدى حر ولم يعرف الطائر لم يعتق واحد من العبدين لانا نشك فى عتق كل واحد منهما ولا يزال يقين الملك بالشك وان اشترى أحد الرجلين عبد الآخر عتق عليه لان امساكه للعبد اقرار بحرية عبد الآخر فاذا ملكه عتق عليه كما لو شهد بعتق عبد ثم اشتراه

﴿فصل﴾ اذا اختلف الزوجان فادعت المرأة على الزوج أنه طلقها وأنكر الزوج فالقول قوله مع يمينه لان الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق وان اختلفا فى عدده فادعت المرأة أنه طلقها ثلاثا وقال الزوج طلقتها طلقة فالقول قول الزوج مع يمينه لأن الاصل عدم ما زاد على طلقة

﴿فصل﴾ وان خيرها ثم اختلفا فقالت المرأة اخترت وقال الزوج ما اخترت فالقول قول الزوج مع يمينه لان الأصل عدم الاختيار وبقاء النكاح وان اختلفا فى النية فقال الزوج ما نويت وقالت المرأة نويت ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى رحمه الله ان القول قول الزوج لان الأصل عدم النية وبقاء النكاح فصار كما لو اختلفا فى الاختيار والثانى وهو الصحيح أن القول قول المرأة والفرق بينه وبين الاختلاف فى الاختيار أن الاختيار يمكن اقامة البينة عليه فكان القول فيه قوله كما لو علق طلاقها بدخول الدار فادعت أنها دخلت وأنكر الزوج والنية لا يمكن اقامة البينة عليها فكان القول قولها كما لو علق الطلاق على حيضها فادعت أنها حاضت وأنكر

﴿فصل﴾ وان قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق وادعى أنه أراد التأكيد وادعت المرأة أنه أراد الاستئناف فالقول قوله مع يمينه لانه اعترف بنيته وان قال الزوج أردت الاستئناف وقالت المرأة أردت التأكيد فالقول قول الزوج لما ذكرناه ولا يمين عليه لان اليمين تعرض ليخاف فيرجع ولو رجع لم يقبل رجوعه فلم يكن لعرض اليمين معنى

﴿فصل﴾ وان قال أنت طالق فى الشهر الماضى وادعى أنه أراد من زوج غيره فى نكاح قبله وأنكرت المرأة أن يكون قبله نكاح أو طلاق لم يقبل قول الزوج فى الحكم حتى يقيم البينة على النكاح والطلاق فان صدقته المرأة على ذلك لكنها أنكرت أنه أراد ذلك فالقول قوله مع يمينه فان قال أردت أنها طالق فى الشهر الماضى بطلاق كنت طلقتها فى هذا النكاح وكذبته المرأة فالقول قوله مع يمينه والفرق بينه وبين المسئلة قبلها أن هناك يريد أن يرفع الطلاق وههنا لا يرفع الطلاق وانما ينقله من حال الى حال

﴿فصل﴾ وان قال ان كان هذا الطائر غرابا فنسائى طوالق وان لم يكن غرابا فامائى حرائر ثم قال كان هذا الطائر غرابا طلقت النساء فان كذبه الاماء حلف لهن فان حلف ثبت رقهن وان نكل ردت اليمين عليهن فان حلفن ثبت طلاق النساء باقراره وعتق الاماء بنكوله ويمينهن فان صدقنه ولم يطلبن احلافه ففيه وجهان أحدهما يحلف لما فى العتق من حق الله عز وجل والثانى لا يحلف لأنه لما أسقط العتق بتصديقهن سقط اليمين بترك مطالبتهن وان قال كان هذا الطائر غير غراب عتق الاماء فان كذبته النساء حلف لهن وان نكل عن اليمين ردت عليهن فان حلفن ثبت عتق الاماء باقراره وطلاق النساء بيمينهن ونكوله

﴿باب الرجعة﴾

اذا طلق الحر امرأته بعد الدخول طلقة أو طلقتين أو طلق العبد امرأته بعد الدخول طلقة فله أن يراجعها قبل انتهاء العدة لقوله عز وجل واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف والمراد به اذا قاربن أجلهن وروى ابن عباس رضى الله عنه عن عمر رضى الله عنه أن النبى ﷺ طلق حفصة وراجعها وروى أن ابن عمر رضى الله عنه طلق امرأته وهى حائض فقال النبى ﷺ لعمر مر ابنك فليراجعها فان انقضت العدة لم يملك رجعتها لقوله عز وجل واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن فلو ملك رجعتها لما نهى الأولياء عن عضلهن عن النكاح فان طلقها قبل الدخول لم يملك الرجعة لقوله عز وجل واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف فعلق الرجعة على الأجل فدل على انها لا تجوز من غير أجل والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها

﴿فصل﴾ ويجوز أن يطلق الرجعية ويلاعنها ويولى منها ويظاهر منها لان الزوجية باقية وهل له أن يخالعها فيه قولان قال فى الأم يجوز لبقاء النكاح وقال فى الاملاء لا يجوز لان الخلع للتحريم وهى محرمة فان مات أحدهما ورثه الآخر لبقاء الزوجية الى الموت ولا يجوز أن يستمتع بها لأنها معتدة فلا يجوز وطؤها كالمختلعة فان وطئها ولم يراجعها حتى انقضت عدتها لزمه المهر لانه وطء فى ملك قد تشعث فصار كوطء الشبهة وان راجعها بعد الوطء فقد قال فى الرجعة عليه المهر وقال فى المرتد اذا وطئ امرأته فى العدة ثم أسلم انه لا مهر عليه واختلف أصحابنا فيه فنقل أبو سعيد الاصطخرى الجواب فى كل واحدة منهما الى الاخرى وجعلهما على قولين أحدهما يجب المهر لأنه وطء

فى نكاح قد تشعث والثانى لا يجب لأن بالرجعة والاسلام قد زال التشعث فصار كالو لم تطلق ولم يرتد وحمل أبو العباس وأبو اسحق المسألتين على ظاهرهما فقالا فى الرجعة يجب المهر وفى المرتد لا يجب لان بالاسلام صار كأن لم يرتد وبالرجعة لا يصير كأن لم تطلق لأن ماوقع من الطلاق لم يرتفع ولان أمر المرتد مراعى فاذا رجع الى الاسلام تبينا أن النكاح بحاله ولهذا لو طلق وقف طلاقه فان أسلم حكم بوقوعه وان لم يسلم لم يحكم بوقوعه فاختلف أمرها فى المهر بين أن يرجع الى الاسلام و بين أن لا يرجع وأمر الرجعية غير مراعى ولهذا لو طلق لم يقف طلاقه على الرجعة فلم يختلف أمرها فى المهر بين أن يراجع و بين أن لا يراجع فاذا وطئها وجب عليها العدة لأنه كوطء الشبهة ويدخل فيه بقية العدة الأولى لأنهما من واحد

﴿ فصل ﴾ وتصح الرجعة من غير رضاها لقوله عز وجل و بعولتهن أحق بردهن فى ذلك ولا تصح الرجعة الا بالقول فان وطئها لم تكن ذلك رجعة لاستباحة بضع مقصود يصح بالقول فلم يصح بالفعل مع القدرة على القول كالنكاح وان قال راجعتك أو ارتجعتك صح لأنه وردت به السنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها فان قال رددتك صح لأنه ورد به القرآن وهو قوله عز وجل و بعولتهن أحق بردهن فى ذلك وان قال أمسكتك ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه يصح لأنه ورد به القرآن وهو قوله عز وجل فأمسكوهن بمعروف والثانى أنه لا يصح لأن الرجعة رد والامساك يستعمل فى البقاء والاستدامة دون الرد وان قال تزوجتك أو نكحتك ففيه وجهان أحدهما يصح لأنه اذا صح به النكاح وهو ابتداء الاباحة فلأن تصح به الرجعة وهو اصلاح لما تشعث منه أولى والثانى لا يصح لأنه صريح فى النكاح ولا يجوز أن يكون صريحا فى حكم آخر من النكاح كالطلاق لما كان صريحا فى الطلاق لم يجز أن يكون صريحا فى الظهار وان قال راجعتك للمحبة وقال أردت به مراجعتك لمحبتى لك صح وان قال راجعتك لهوانك وقال أردت به انى راجعتك لاهينك بالرجعة صح لأنه أتى بلفظ الرجعة و بين سبب الرجعة وان قال لم أرد الرجعة وانما أردت أنى كنت أحبك قبل النكاح أو كنت أهينك قبل النكاح فرددتك بالرجعة الى المحبة التى كانت قبل النكاح أو الاهانة التى كانت قبل النكاح قبل قوله لانه يحتمل مايدعيه

﴿ فصل ﴾ وهل يجب الاشهاد عليها فيه قولان أحدهما يجب لقوله عز وجل فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم ولأنه استباحة بضع مقصود فلم يصح من غير اشهاد كالنكاح والثانى أنه مستحب لأنه لا يفتقر الى الولى فلم يفتقر الى الاشهاد كالبيع

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز تعليقها على شرط فان قال راجعتك ان شئت فقالت شئت لم يصح لأنه استباحة بضع فلم يصح تعليقه على شرط كالنكاح ولا يصح فى حال الردة وقال المزنى انه موقوف فان أسلمت صح كما يقف الطلاق والنكاح على الاسلام وهذا خطأ لأنه استباحة بضع فلم يصح مع الردة كالنكاح ويخالف الطلاق فانه يجوز تعليقه على الشرط والرجعة لا يصح تعليقها على الشرط وأما النكاح فانه يقف فسخه على الاسلام وأما عقده فلا يقف والرجعة كالعقد فيجب أن لا تقف على الاسلام

﴿ فصل ﴾ وان اختلف الزوجان فقال الزوج راجعتك وأنكرت المرأة فان كان ذلك قبل انقضاء العدة فالقول قول الزوج لانه يملك الرجعة فقبل اقراره فيها كما يقبل قوله فى طلاقها حين ملك الطلاق وان كان بعد انقضاء العدة فالقول قولها لأن الاصل عدم الرجعة ووقوع البينونة وان اختلفا فى الاصابة فقال الزوج أصبتك فلى الرجعة وأنكرت المرأة فالقول قولها لأن الاصل عدم الاصابة ووقوع الفرقة

﴿ فصل ﴾ فان طلقها طلقة رجعية وغاب الزوج وانقضت العدة وتزوجت ثم قدم الزوج وادعى أنه راجعها قبل انقضاء العدة فله أن يخاصم الزوج الثانى وله أن يخاصم الزوجة فان بدأ بالزوج نظرت فان صدقه سقط حقه من النكاح ولا تسلم المرأة اليه لان

(قوله فى نكاح قد تشعث) أى قد تغير مأخوذ من شعث الرأس وهو اغبراره وتفرقه من ترك الامتشاط وقوله الرجعة قال الازهرى الرجعة بعد الطلاق أكثر مايقال بالكسر والفتح جائز. ورجعة يقال جاءنى رجعة الكتاب أى جوابه (قوله غير مراعى) أى غير منتظر

اقراره يقبل على نفسه دونها وان كذبه فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الرجعة فان حلف سقط دعوى الاول وان نكل ردت اليمين عليه فان حلف وقلنا ان يمينه مع نكول المدعى عليه كالبينة حكمنا بأنه لم يكن بينهما نكاح فان كان قبل الدخول لم يلزمه شيء وان كان بعد الدخول لزمه مهر المثل وان قلنا انه كالاقرار لم يقبل اقراره في اسقاط حقها فان دخل بها لزمه المسمى وان لم يدخل بها لزمه نصف المسمى ولا تسلم المرأة الى الزوج الاول على القولين لانا جعلناه كالبينة أو كالاقرار في حقه دون حقها وان بدأ بخصومة الزوجة فصدقته لم تسلم اليه لانه لا يقبل اقرارها على الثاني كما لا يقبل اقراره عليها ويلزمها المهر لانها أقرت أنها حالت بينه وبين بضعها فان زال حق الثاني بطلاق أو فسخ أو وفاة ردت الى الأول لان المنع لحق الثاني وقد زال وان كذبته فالقول قولها وهل تحلف على ذلك فيه قولان أحدهما لا تحلف لان اليمين تعرض عليها لتخاف فتقر ولو أقرت لم يقبل اقرارها فلم يكن في تحليفها فائدة والثاني تحلف لأن في تحليفها فائدة وهو أنها ربما أقرت فيلزمها المهر وان حلفت سقطت دعواه وان نكلت ردت اليمين عليه فاذا حلف حكم له بالمهر

﴿ فصل ﴾ اذا تزوجت الرجعية في عدتها وحبلت من الزوج ووضعت وشرعت في اتمام العدة من الاول وراجعها صحت الرجعة لأنه راجعها في عدته فان راجعها قبل الوضع ففيه وجهان أحدهما لا يصح لانها في عدة من غيره فلم يملك رجعتها والثاني يصح بما بقي عليها من عدته لان حكم الزوجية باق وانما حرمت لعارض فصار كما لو أحرمت

﴿ فصل ﴾ اذا طلق الحر امرأته ثلاثا أو طلق العبد امرأته طلقتين حرمت عليه ولا يحل له نكاحها حتى تنكح زوجا غيره ويطأها والدليل عليه قوله عز وجل فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وروت عائشة رضي الله عنها أن رفاعة القرظي طلق امرأته بت طلاقها فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير فجاءت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله اني كنت عند رفاعة وطلقني ثلاث تطليقات فتزوجني عبد الرحمن بن الزبير وانه والله ما معه يا رسول الله الا مثل هذه الهدبة فتبسم رسول الله ﷺ فقال لعلك تريدين أن ترجعي الى رفاعة لا والله حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك ولا تحل الا بالوطء في الفرج فان وطئها فيما دون الفرج أو وطئها في الموضع المكروه لم تحل لان النبي ﷺ علق على ذوق العسيلة وذلك لا يحصل الا بالوطء في الفرج وأدنى الوطء أن يغيب الحشفة في الفرج لان أحكام الوطء تتعلق به ولا تتعلق بما دونه فان أولج الحشفة في الفرج من غير انتشار لم تحل لان النبي ﷺ علق الحكم بذوق العسيلة وذلك لا يحصل من غير انتشار وان كان بعض الذكر مقطوعا فعلى ما ذكرناه في الرد بالعيب في النكاح وان كان مسلولا أحل بوطئه لانه في الوطء كالفحل وأقوى منه ولم يفقد الا الانزال وذلك غير معتبر في الاحلال وان كان مراهقا أحل لأنه كالبالغ في الوطء وان وطئت وهي نائمة أو مجنونة أو استدخلت هي ذكر الزوج وهو نائم أو مجنون أو وجدها على فراشه فظنها غيرها فوطئها حلت لانه وطء صادف النكاح

﴿ فصل ﴾ فان رآها رجل أجنبي فظنها زوجته فوطئها أو كانت أمة فوطئها مولاها لم تحل لقوله عز وجل حتى تنكح زوجا غيره وان وطئها الزوج في نكاح فاسد كالنكاح بلا ولي ولا شهود أو في نكاح شرط فيه أنه اذا أحلها للزوج الاول فلا نكاح بينهما ففيه قولان أحدهما أنه لا يحلها لانه وطء في نكاح غير صحيح فلم تحل كوطء الشبهة والثاني أنه يحلها لما روى عبد الله أن النبي ﷺ قال لعن الله المحلل والمحلل له فسماه محللا ولأنه وطء في نكاح فأشبه الوطء في النكاح الصحيح

﴿ فصل ﴾ وان كانت المطلقة أمة فملكها الزوج قبل أن ينكحها زوجا غيره فالمذهب انها لا تحل لقوله عز وجل فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ولان الفرج لا يجوز أن يكون محرما عليه من وجه مباحا من وجه ومن أصحابنا من قال يحل وطؤها لان الطلاق يختص بالزوجية فأثر التحريم في الزوجية

﴿ فصل ﴾ وان طلق امرأته ثلاثا وتفرقا ثم ادعت المرأة أنها تزوجت بزوج أحلها جاز له أن يتزوجها لأنها مؤتمنة فيما تدعيه

(قوله الرجعية) بكسر الراء وكان القياس فتحها منسوب الى الرجعة ولكن النسب موضع شذوذ ويقال رجعة بالكسر والفتح فنسب اليهما (قوله مثل هذه الهدبة) الهدبة الخملة وضم الدال لغة وهو ما يترك في طرف الثوب غير منسوج. شبهت ما معه بالهدبة لاسترخائه وضعفه (قوله تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك) كنى به عن الجماع. شبه حلاوته بحلاوة العسل وانما أنث لانه أراد قطعة من العسل كما قالوا ذو الثدية أرادوا قطعة من الثدي، وقيل تصغير عسلة من قولهم كنافي لحيمة ونبيذة وعسيلة وانما صغر اشارة الى القدر الذي يحل

من الاباحة فان وقع فى نفسه أنها كاذبة فالأولى أن لا يتزوجها احتياطا

﴿ فصل ﴾ وان تزوجت المطلقة ثلاثا بزوج وادعت عليه انه أصابها وأنكر الزوج لم يقبل قولها على الزوج الثانى فى الاصابة ويقبل قولها فى الاباحة للزوج الاول لانها تدعى على الزوج الثانى حقا وهو استقرار المهر ولا تدعى على الاول شيئا وانما تخبره عن أمر هى فيه مؤتمنة فقبل وان كذبها الزوج الأول فيما تدعيه على الثانى من الاصابة ثم رجع فصدقها جاز له أن يتزوجها لأنه قد لا يعلم أنه أصابها ثم يعلم بعد ذلك وأن ادعت على الثانى أنه طلقها وأنكر الثانى لم يجز للاول نكاحها لأنه اذا لم يثبت الطلاق فهى باقية على نكاح الثانى فلا يحل للأول نكاحها ويخالف اذا اختلفا فى الاصابة بعد الطلاق لأنه ليس لاحد حق فى بضعها فقبل قولها

﴿ فصل ﴾ اذا عادت المطلقة ثلاثا الى الأول بشروط الاباحة ملك عليها ثلاث تطليقات لأنه قد استوفى ما كان يملك من الطلاق الثلاث فوجب أن يستأنف الثلاث فان طلقها طلقة أو طلقتين فتزوجت بزوج آخر فوطئها ثم أبانها رجعت الى الاول بما بقى من عدد الطلاق لانها عادت قبل استيفاء العدد فرجعت بما بقى كما لو رجعت قبل أن تنكح زوجا غيره

كتاب الايلاء

يصح الايلاء من كل زوج بالغ عاقل قادر على الوطء لقوله عز وجل للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر وأما الصبى والمجنون فلا يصح الايلاء منهما لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولأنه قول يختص بالزوجية فلم يصح من الصبى والمجنون كالطلاق وأما من لا يقدر على الوطء فان كان بسبب يزول كالمريض والمحبوس صح ايلاؤه وان كان بسبب لا يزول كالمجبوب والاشل ففيه قولان أحدهما يصح ايلاؤه لان من صح ايلاؤه اذا كان قادرا على الوطء صح ايلاؤه اذا لم يقدر كالمريض والمحبوس والثانى قاله فى الام لا يصح ايلاؤه لانه يمين على ترك ما لا يقدر عليه بحال فلم يصح كما لو حلف لا يصعد السماء ولان القصد بالايلاء أن يمنع نفسه من الجماع باليمين وذلك لا يصح عمن لا يقدر عليه لأنه ممنوع من غير يمين ويخالف المريض والمحبوس لأنهما يقدران عليه اذا زال المرض والحبس فصح منهما المنع باليمين والمجبوب والاشل لا يقدران بحال

﴿ فصل ﴾ ولا يصح الايلاء الا بالله عز وجل وهل يصح بالطلاق والعتاق والصوم والصلاة وصدقة المال فيه قولان قال فى القديم لا يصح لأنه يمين بغير الله عز وجل فلم يصح به الايلاء كاليمين بالنبى ﷺ والكعبة وقال فى الجديد يصح وهو الصحيح لانه يمين يلزمه بالحنث فيها حق فصح به الايلاء كاليمين بالله عز وجل فاذا قلنا بهذا فقال ان وطئتك فعبدى حر فهو مول وان قال ان وطئتك فلله على أن أعتق رقبة فهو مول وان قال ان وطئتك فأنت طالق أو امرأتى الأخرى طالق فهو مول وان قال ان وطئتك فعلى أن أطلقك أو أطلق امرأتى الاخرى لم يكن موليا لانه لا يلزمه بالوطء شىء وان قال ان وطئتك فأنت زانية لم يكن موليا لانه لا يلزمه بالوطء حق لانه لا يصير بوطئها قاذفا لأن القذف لا يتعلق بالشرط لانه لا يجوز أن تصير زانية بوطء الزوج كما لا تصير زانية بطلوع الشمس واذا لم يصر قاذفا لم يلزمه بالوطء حق فلم يجز أن يكون موليا وان قال ان وطئتك فلله على صوم هذا الشهر لم يكن موليا لأن المولى هو الذى يلزمه بالوطء بعد أربعة أشهر حق أو يلحقه ضرر وهذا يقدر على وطئها بعد أربعة أشهر من غير ضرر يلحقه ولا حق يلزمه لأن صوم شهر مضى لا يلزمه كما لو قال ان وطئتك فعلى صوم أمس وان قال ان وطئتك فسالم حر عن ظهارى وهو مظاهر فهو مول وقال المزنى لا يصير موليا لان ما وجب عليه لا يتعين بالنذر كما لو قال ان وطئتك فعلى أن أصوم اليوم الذى على من قضاء رمضان فى يوم الاثنين وهذا خطأ لانه يلزمه بالوطء حق

﴿ ومن كتاب الايلاء ﴾

الايلاء هو اليمين آلى يولى ايلاء وأليه اذا حلف فهو مول جمعه ألايا قال طرفة

فآليت لا ينفك كشحى بطانة ٭ لعضب رقيق الشفرتين مهند

وقال فى الجمع قليل الألايا حافظ ليمينه ٭ وان سبقت منه الألية برت

ويقال تألى يتألى وكذا ائتلى يأتلى قال الله تعالى ولا يأتل أولوا الفضل منكم. وتألى يتألى ومنه الحديث من يتأل على الله يكذبه

وهو اعتاق هذا العبد وأما الصوم فقد حكى أبو على ابن أبى هريرة فيه وجها آخر أنه يتعين بالنذر كالعتق والذى عليه أكثر أصحابنا وهو المنصوص فى الأم أنه لا يتعين والفرق بينهما أن الصوم الواجب لا تتفاضل فيه الايام والرقاب تتفاضل أثمانها وان قال ان وطئتك فعبدى حر عن ظهارى ان ظاهرت لم يكن موليا فى الحال لأنه يمكنه أن يطأها فى الحال ولا يلزمه شىء لأنه يقف العتق بعد الوطء على شرط آخر فهو كما لو قال ان وطئتك ودخلت الدار فعبدى حر وان ظاهر منها قبل الوطء صار موليا لانه لا يمكنه أن يطأها فى مدة الايلاء الا بحق يلزمه فصار كما لو قال ان وطئتك فعبدى حر

﴿فصل﴾ ولا يصح الايلاء الا على ترك الوطء فى الفرج فان قال والله لا وطئتك فى الدبر لم يكن موليا لان الايلاء هو اليمين التى يمنع بها نفسه من الجماع والوطء فى الدبر ممنوع منه من غير يمين ولان الايلاء هو اليمين التى يقصد بها الاضرار بترك الوطء والوطء الذى يلحق الضرر بتركه هو الوطء فى الفرج وان قال والله لا وطئتك فيما دون الفرج لم يكن موليا لانه لا ضرر فى ترك الوطء فيما دون الفرج

﴿فصل﴾ وان قال والله لا أنيكك فى الفرج أو والله لا أغيب ذكرى فى فرجك أو والله لا أفتضك بذكرى وهى بكر فهو مول فى الظاهر والباطن لانه صريح فى الوطء فى الفرج وان قال والله لا جامعتك أو لا وطئتك فهو مول فى الحكم لان اطلاقه فى العرف يقتضى الوطء فى الفرج وان قال أردت بالوطء وطء القدم وبالجماع الاجتماع بالجسم دين فيه لانه يحتمل مايدعيه وان قال والله لا أفتضك ولم يقل بذكرى ففيه وجهان أحدهما أنه صريح كالقسم الاول والثانى أنه صريح فى الحكم كالقسم الثانى لانه يحتمل الافتضاض بغير ذكره وان قال والله لا دخلت عليك أو لا تجتمع رأسى ورأسك أو لا جمعنى واياك بيت فهو كناية فان نوى به الوطء فى الفرج فهو مول وان لم تكن له نية فليس بمول لانه يحتمل الجماع وغيره فلم يحمل على الجماع من غير نية كالكنايات فى الطلاق وان قال والله لا باشرتك أو لا مسستك أو لا أفضى اليك ففيه قولان قال فى القديم هو مول لانه ورد به القرآن بهذه الالفاظ والمراد بها الوطء فان نوى به غير الوطء دين لانه يحتمل مايدعيه وقال فى الجديد لا يكون موليا الا بالنية لانه مشترك بين الوطء وغيره فلم يحمل على الوطء من غير نية كقوله لا اجتمع رأسى ورأسك واختلف أصحابنا فى قوله لا أصيبك أو لا لمستك أو لا غشيتك أو لا باضعتك فمنهم من قال هو كقوله لا باشرتك أو لا مسستك فيكون على قولين ومنهم من قال هو كقوله لا اجتمع رأسى ورأسك فان نوى به الوطء فى الفرج فهو مول وان لم يكن له نية فليس بمول وان قال والله لا غيبت الحشفة فى الفرج فهو مول لان تغييب مادون الحشفة ليس بجماع ولا يتعلق به أحكام الجماع فصار كما لو قال والله لا وطئتك وان قال والله لا جامعتك الاجماع سوء فان أراد به لا جامعتك الا فى الدبر أو فيما دون الفرج فهو مول لانه منع نفسه من الجماع فى الفرج فى مدة الايلاء وان أراد به لا جامعتك الا جماعا ضعيفا لم يكن موليا لأن الجماع الضعيف كالقوى فى الحكم فكذلك فى الايلاء

﴿فصل﴾ ولا يصح الايلاء الا فى مدة تزيد على أربعة أشهر حرا كان الزوج أو عبدا حرة كانت الزوجة أو أمة فان آلى على مادون أربعة أشهر لم يكن موليا لقوله عز وجل للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فدل على أنه لا يصير بما دونه موليا ولان الضرر لا يتحقق بترك الوطء فيما دون أربعة أشهر والدليل عليه ماروى أن عمر رضى الله عنه كان يطوف ليلة فى المدينة فسمع امرأة تقول

ألا طال هذا الليل وازور جانبه * وليس الى جنبي خليل ألاعبه

(قوله لا افتضك) الافتضاض بالقاف جماع البكر والقضة بالكسر بكارة الجارية (قوله لا باضعتك) قال فى الشامل قال أبو حنيفة هو مشتق من البضع وهو الفرج فيكون صريحا. ودليلنا أنه يحتمل أن يكون من التقاء البضعة من البدن بالبضعة منه والبضعة القطعة من اللحم ومنه الحديث فاطمة بضعة منى. وقيل البضع هو الاسم من باضع اذا جامع (قوله تربص أربعة أشهر) التربص التلبث والمكث والانتظار (قوله وازور جانبه) أى بعد صباحه يقال بئر زوراء أى بعيدة الغور. والزورة البعد وهو من الازورار قال الشاعر

وماء وردت على زورة * كمشى السبنتى براح الشفيفا

(قوله خليل ألاعبه) اشتقاق الخليل اما من الحل ضد الحرام واما من حلوهما على الفراش

فوالله لولا الله لاشئ غيره * لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربى والحياء يكفنى * وأكرم بعلى أن تنال مراكبه

فسأل عمر رضى الله عنه النساء كم تصبر المرأة عن الزوج فقلن شهرين وفى الثالث يقل الصبر وفى الرابع يفقد الصبر فكتب عمر الى أمراء الاجناد أن لاتحبسوا الرجل عن امرأته أكثر من أربعة أشهر وان آلى على أربعة أشهر لم يكن موليا لان المطالبة بالفيئة أو الطلاق بعد أربعة أشهر فاذا آلى على أربعة أشهر لم يبق بعدها ايلاء فلا تصح المطالبة من غير ايلاء

﴿فصل﴾ وان قال والله لاوطئتك فهو مول لانه يقتضى التأبيد وان قال والله لاوطئتك مدة أو والله ليطولن عهدك بجماعى فان أراد مدة تزيد على أربعة أشهر فهو مول وان لم يكن له نية لم يكن موليا لانه يقع على القليل والكثير فلا يجعل موليا من غير نية وان قال والله لاوطئتك خمسة أشهر فاذا مضت فوالله لاوطئتك سنة فهما ايلا آن فى زمانين لايدخل أحدهما فى الآخر فيكون موليا فى كل واحد منهما لايتعلق أحدهما بالآخر فى حكم من أحكام الايلاء واذا نقضى حكم أحدهما بقى حكم الآخر لانه أفرد كل واحد منهما فى زمان فانفرد كل واحد منهما عن الآخر فى الحكم وان قال والله لاوطئتك خمسة أشهر ثم قال والله لاوطئتك سنة دخلت المدة الاولى فى الثانية كما اذا قال له على مائة ثم قال له على ألف دخلت المائة فى الالف فيكون ايلاء واحدا الى سنة بيمين فيضرب لهما مدة واحدة ويوقف لهما وقفا واحدا فان وطىء بعد الخمسة الاشهر حنث فى يمين واحدة فيجب عليه كفارة واحدة وان وطىء فى الخمسة الاشهر حنث فى يمينين فيجب عليه فى أحد القولين كفارة وفى الثانى كفارتان وان قال والله لاوطئتك أربعة أشهر فاذا مضت فوالله لاوطئتك أربعة أشهر ففيه وجهان أحدهما وهو الصحيح أنه ليس بمول لان كل واحد من الزمانين أقل من مدة الايلاء والثانى أنه مول لانه منع نفسه من وطئها ثمانية أشهر فصار كما لو جمعها فى يمين واحدة

﴿فصل﴾ وان قال ان وطئتك فوالله لاوطئتك ففيه قولان قال فى القديم يكون موليا فى الحال لان المولى هو الذى يمتنع من الوطء خوف الضرر وهذا يمتنع من الوطء خوفا من أن يطأها فيصير موليا فعلى هذا اذا وطئها صار موليا وذلك ضرر وقال فى الجديد لا يكون موليا فى الحال لانه يمكنه أن يطأها من غير ضرر يلحقه فى الحال فلم يكن موليا فعلى هذا اذ وطئها صار موليا لانه يبقى يمين يمنع الوطء على التأبيد وان قال والله لاوطئتك فى السنة الامرة صار موليا فى قوله القديم ولا يكون موليا فى الحال فى قوله الجديد فان وطئها نظرت فان لم يبق من السنة أكثر من أربعة أشهر لم يكن موليا وان بقى أكثر من أربعة أشهر صار موليا

﴿فصل﴾ وان علق الايلاء على شرط يستحيل وجوده بأن يقول والله لاوطئتك حتى تصعدى الى السماء أو تصافحى الثريا فهو مول لان معناه لاوطئتك أبدا وان علق على ما لا يتيقن أنه لا يوجد الا بعد أربعة أشهر مثل أن يقول والله لاوطئتك الى يوم القيامة أو الى أن أخرج من بغداد الى الصين وأعود فهو مول لان القيامة لاتقوم الا فى مدة تزيد على أربعة أشهر لان لها شرائط تتقدمها وتيقن أنه لايقدر أن يخرج من بغداد الى الصين ويعود الا فى مدة تزيد على أربعة أشهر وان علق على شرط الغالب على الظن أنه لا يوجد الا فى الزيادة على أربعة أشهر مثل أن يقول والله لاوطئتك حتى يخرج الدجال أو حتى يجىء زيد من خراسان ومن عادة زيد أن لا يجىء الامع الحاج وقد بقى على وقت عاده تزيادة عن أربعة أشهر فهو مول لان الظاهر أنه لا يوجد شىء من ذلك الا فى مدة تزيد على أربعة أشهر وان علق على أمر يتيقن وجوده قبل أربعة أشهر مثل أن يقول والله لاوطئتك حتى يذبل هذا البقل أو يجف هذا الثوب فليس بمول لأنا نتيقن أن ذلك يوجد قبل أربعة أشهر وان علقه على الأمر الغالب على الظن أنه يوجد قبل أربعة أشهر مثل أن يقول والله لاوطئتك حتى يجىء زيد من القرية وعادته أنه يجىء فى كل جمعة لصلاة الجمعة أو لحمل

(قوله لزعزع) الزعزعة تحريك الشىء. وزعزعته فتزعزع أى حركته فتحرك (قوله ويوقف لهما) من وقفت الدابة أقفها اذا منعتها من المشى (قوله تصافحى الثريا) المصافحة الاخذ باليد والتصافح مثله ومنه الحديث اذا التقى المسلمان فتصافحا (قوله لان لها شرائط تتقدمها) أى علامات قال الله تعالى فقد جاء أشراطها (قوله حتى يذبل هذا البقل) ذبل يذبل ذبولا اذا جف ويبس. والبقل معروف. وكل نبت اخضرت له الارض فهو بقل

الحطب لم يكن موليا لأن الظاهر أنه يوجد قبل مدة الايلاء وان جاز أن يتأخر لعارض وان قال والله لاوطئتك حتى أموت أو تموتي فهو مول لأن الظاهر بقاؤهما وان قال والله لاوطئتك حتى يموت فلان فهو مول ومن أصحابنا من قال ليس بمول والصحيح هو الأول لأن الظاهر بقاؤه ولأنه لو قال ان وطئتك فعبدي حر كان موليا على قوله الجديد وان جاز أن يموت العبد قبل أربعة أشهر

﴿فصل﴾ وان قال والله لاوطئتك في هذا البيت لم يكن موليا لانه يمكنه أن يطأها من غير حنث ولأنه لاضرر عليها في ترك الوطء في بيت بعينه وان قال والله لاوطئتك الا برضاك لم يكن موليا لما ذكرناه من التعليلين وان قال والله لاوطئتك ان شئت فقالت في الحال شئت كان موليا وان أخرت الجواب لم يكن موليا على ما ذكرناه في الطلاق

﴿فصل﴾ وان قال لأربع نسوة والله لاوطئتكن لم يصر موليا حتى يطأ ثلاثا منهن لأنه يمكنه أن يطأ ثلاثا منهن من غير حنث فلم يكن موليا وان وطئ ثلاثا منهن صار موليا من الرابعة لأنه لا يمكنه وطؤها الا بحنث ويكون ابتداء المدة من الوقت الذي تعين فيه الايلاء وان طلق ثلاثا منهن كان الايلاء موقوفا في الرابعة لايتعين فيها لأنه يقدر على وطئها من غير حنث ولا يسقط منها لأنه قد يطأ الثلاث المطلقات بنكاح أوسفاح فيتعين الايلاء في الرابعة لأنه يحنث بوطئها والوطء المحظور كالمباح في الحنث ولهذا قال في الأم ولو قال والله لاوطئتك وفلانة الأجنبية لم يكن موليا من امرأته حتى يطأ الأجنبية وان ماتت من الاربع واحدة سقط الايلاء في الباقيات لانه قد فات الحنث في الباقيات لان الوطء في الميتة قد فات ولان الايلاء على الوطء واطلاق الوطء لايدخل فيه وطء الميتة ويدخل فيه الوطء المحرم وان قال لأربع نسوة والله لاوطئت واحدة منكن وهو يريد كلهن صار موليا في الحال لأنه يحنث بوطء كل واحدة منهن ويكون ابتداء المدة من حين اليمين فأيتهن طالبت وقف لها فان طلقها وجاءت الثانية وقف لها فان طلقها وجاءت الثالثة وقف لها فان طلقها وجاءت الرابعة وقف لها فان طالبت الاولى فوطئها حنث وسقط الايلاء فيمن بقي لانه لا يحنث بوطئهن بعد حنثه بوطء الاولى وان طلق الاولى ووطئ الثانية سقط الايلاء في الثالثة والرابعة وان طلق الاولى والثانية ووطئ الثالثة سقط الايلاء في الرابعة وحدها وان قال والله لاوطئت واحدة منكن وأراد واحدة بعينها تعين الايلاء فيها دون من سواها ويرجع في التعيين الى بيانه لانه لا يعرف الا من جهته فان عين واحدة وصدقته الباقيات تعين فيها وان كذبه الباقيات حلف لهن فان نكل حلفن وثبت فيهن حكم الايلاء بنكوله وايمانهن وان قال والله لاوطئت واحدة منكن وهو يريد واحدة لابعينها فله أن يعين فيمن شاء ويؤخذ بالتعيين اذا طلبن ذلك فاذا عين في واحدة منهن لم يكن للباقيات مطالبة وفي ابتداء المدة وجهان أحدهما من وقت اليمين والآخر من وقت التعيين كما قلنا في العدة في الطلاق اذا أوقعه في احداهن لابعينها ثم عينه في واحدة منهن وان قال والله لاأصبت كل واحدة منكن فهو مول من كل واحدة منهن وابتداء المدة من حين اليمين فان وطئ واحدة منهن حنث ولم يسقط الايلاء في الباقيات لانه يحنث بوطء كل واحدة منهن

﴿فصل﴾ وان كانت له امرأتان فقال لاحداهما والله لاأصبتك ثم قال للاخرى أشركتك معها لم يصر موليا من الثانية لان اليمين بالله عز وجل لايصح الا بلفظ صريح من اسم أوصفة والتشريك بينهما كناية فلم يصح بها اليمين بالله عز وجل وان قال لاحداهما ان أصبتك فانت طالق ثم قال للاخرى أشركتك معها ونوى صار موليا لان الطلاق يصح بالكناية

﴿فصل﴾ واذا صح الايلاء لم يطالب بشيء قبل أربعة أشهر لقوله عز وجل للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر وابتداء المدة من حين اليمين لأنها ثبتت بالنص والاجماع فلم تفتقر الى الحاكم كمدة العدة فان آلى منها وهناك عذر يمنع من الوطء نظرت فان كان لمعنى في الزوجة بان كانت صغيرة أومريضة أوناشزة أومجنونة أومحرمة أوصائمة عن فرض أومعتكفة عن فرض لم تحسب المدة وان طرأشيء من هذه الاعذار في أثناء المدة انقطعت المدة لان المدة انما انظرت لامتناع الزوج من الوطء وليس في هذه الاحوال من جهته امتناع فان زالت هذه الاعذار استؤنفت المدة لان من شأن هذه المدة أن تكون متوالية فاذا انقطعت استؤنفت كصوم الشهرين المتتابعين فان كانت حائضا حسبت المدة فان طرأ الحيض في أثنائها لم تنقطع لان الحيض عذر معتاد لاينفك منه فلو قلنا انه يمنع الاحتساب اتصل الضرر وسقط حكم الايلاء ولهذا لايقطع التتابع في صوم الشهرين

المتتابعين وان كانت نفساء ففيه وجهان أحدهما انه يحتسب المدة لانه كالحيض فى الاحكام فكذلك فى الايلاء والثانى لا يحتسب واذا طرأ قطع لانه عذر نادر فهو كسائر الاعذار وان كان العذر لمعنى فى الزوج بان كان مريضاً أو مجنوناً أو غائباً أو محبوساً أو محرماً أو صائماً عن فرض أو معتكفاً عن فرض حسبت المدة فان طرأ شىء من هذه الاعذار فى أثناء المدة لم تنقطع لان الامتناع من جهته والزوجية باقية فحسبت المدة عليه وان آلى فى حال الردة أو فى عدة الرجعية لم تحتسب المدة وان طرأت الردة أو الطلاق الرجعى فى أثناء المدة انقطعت لان النكاح قد تشعث بالطلاق والردة فلم يكن للامتناع حكم وان أسلم بعد الردة أو راجع بعد الطلاق و بقيت مدة التربص استؤنفت المدة لما ذكرناه

﴿ فصل ﴾ اذا طلقها فى مدة التربص انقطعت المدة ولم يسقط الايلاء فان راجعها وقد بقيت مدة التربص استؤنفت المدة فان وطئها حنث فى اليمين وسقط الايلاء لانه أزال الضرر وان وطئها وهى نائمة أو مجنونة حنث فى يمينه وسقط الايلاء وان استدخلت ذكره وهو نائم لم يحنث فى يمينه لارتفاع القلم عنه وهل يسقط حقها فيه وجهان أحدهما يسقط لانها وصلت الى حقها والثانى لا يسقط لان حقها فى فعله لا فى فعلها وان وطئها وهو مجنون لم يحنث لارتفاع القلم عنه وهل يسقط حقها فيه وجهان أحدهما يسقط وهو الظاهر من المذهب لانها قد وصلت منه الى حقها وان لم يقصد فسقط حقها كما لو وطئها وهو يظن أنها امرأة أخرى والثانى وهو قول المزنى انه لا يسقط حقها لانه لا يحنث به فلم يسقط به الايلاء

﴿ فصل ﴾ وان وطئها وهناك مانع من احرام أو صوم أو حيض سقط به حقها من الايلاء لانها وصلت منه الى حقها وان كان بمحرم

﴿ فصل ﴾ وان لم يطلقها ولم يطأها حتى انقضت المدة نظرت فان لم يكن عذر يمنع الوطء ثبت لها المطالبة بالفيئة أو الطلاق لقوله عز وجل للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم وان كانت الزوجة أمة لم يجز للمولى المطالبة وان كانت مجنونة لم يكن لوليها المطالبة لان المطالبة بالطلاق أو الفيئة طريقها الشهوة فلا يقوم الولى فيه مقامها والمستحب أن يقول له فى المجنونة اتق الله فى حقها فاما أن تفىء اليها أو تطلقها وان ثبتت لها المطالبة فعفت عنها الزوجة جاز لها أن ترجع وتطالب لانها انما ثبتت لها المطالبة لدفع الضرر بترك الوطء وذلك يتجدد مع الاحوال فجاز لها الرجوع كما لو أعسر بالنفقة فعفت عن المطالبة بالفسخ وان طولب بالفيئة فقال أمهلونى ففيه قولان أحدهما يمهل ثلاثة أيام لانه قريب والدليل عليه قوله عز وجل ولا تمسوها بسوء فيأخذكم عذاب قريب فعقروها فقال تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مكذوب ولهذا قدر به الخيار فى البيع والثانى يمهل قدر ما يحتاج اليه للتأهب للوطء فان كان ناعساً أمهل الى أن ينام وان كان جائعاً أمهل الى أن يأكل وان كان شبعاناً أمهل الى أن يخف وان كان صائماً أمهل الى أن يفطر لانه حق حل عليه وهو قادر على أدائه فلم يمهل أكثر من قدر الحاجة كالدين الحال

﴿ فصل ﴾ وان وطئها فى الفرج فقد أوفاها حقها وسقط الايلاء وأدناه أن تغيب الحشفة فى الفرج لان أحكام الوطء تتعلق به وان وطئها فى الموضع المكروه أو وطئها فيما دون الفرج لم يعتد به لان الضرر لا يزول الا بالوطء فى الفرج فان وطئها فى الفرج فان كانت اليمين بالله تعالى فهل تلزمه الكفارة فيه قولان قال فى القديم لا تلزمه لقوله عز وجل فان فاءوا فان الله غفور رحيم فعلق المغفرة بالفيئة فدل على أنه قد استغنى عن الكفارة وقال فى الجديد تلزمه الكفارة وهو الصحيح لقوله ﷺ من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه ولانه حلف بالله تعالى وحنث فلزمته الكفارة كما لو حلف على ترك صلاة فصلاها واختلف أصحابنا فى موضع القولين فمنهم من قال القولان فيمن جامع وقت المطالبة فأما اذا وطىء فى مدة التربص فانه يجب عليه الكفارة قولاً واحداً لان بعد المطالبة الفيئة واجبة فلا يجب بها كفارة كالحلق عند التحلل ومنهم من قال القولان فى الحالين و يخالف كفارة الحج فانها تجب بالمحظور والحلق المحظور هو الحلق فى حال الاحرام وأما الحلق عند التحلل فهو نسك وليس كذلك كفارة اليمين فانها تجب بالحنث والحنث الواجب كالحنث بالمحظور فى ايجاب الكفارة وان كان الايلاء على عتق وقع بنفس الوطء لانه عتق معلق على شرط فوقع بوجوده وان كان على نذر عتق أو نذر صوم

(قوله بالفيئة) هى الرجوع. فاء يفىء اذا رجع. قال الله تعالى فان فاءوا فان الله غفور رحيم. أى فان رجعوا ومنه الفىء الذى

أوصلاة أوالتصدق بمال فهو بالخيار بين ان يفى بما نذر و بين أن يكفر كفارة يمين لانه نذر نذرا على وجه اللجاج والغضب فيخير فيه بين الكفارة و بين الوفاء بما نذر وان كان الايلاء على الطلاق الثلاث طلقت ثلاثا لانه طلاق معلق على شرط فوقع بوجوده وهل يمنع من الوطء أم لا فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن خيران انه يمنع من وطئها لانها تطلق قبل أن ينزع فمنع منه كما يمنع فى شهر رمضان أن يجامع وهو يخشى أن يطلع الفجر قبل أن ينزع والثانى وهو المذهب انه لا يمنع لان الايلاج صادف النكاح والذى يصادف غير النكاح هو النزع وذلك ترك الوطء وما تعلق التحريم بفعله لا يتعلق بتركه ولهذا لو قال لرجل ادخل دارى ولا تقم فيها جاز أن يدخل ثم يخرج وان كان الخروج فى حال الحظر وأما مسئلة الصوم فقد ذكر بعض أصحابنا انها على وجهين أحدهما انه لا يمنع فلا فرق بينها و بين مسألتنا فعلى هذا لابد على تغييب الحشفة فى الفرج ثم ينزع فان زاد على ذلك أو استدام لم يجب عليه الحد لانه وطء اجتمع فيه التحليل والتحريم فلم يجب به الحد وهل يجب به المهر فيه وجهان أحدهما يجب كما يجب الكفارة على الصائم اذا أولج قبل الفجر واستدام بعد طلوعه والثانى لا يجب لأن ابتداء الوطء يتعلق به المهر الواجب بالنكاح لان المهر فى مقابلة كل وطء يوجد فى النكاح وقد تكون مفوضة فيجب عليه المهر بتغييب الحشفة فلو أوجبنا بالاستدامة مهرا أدى الى ايجاب مهرين بايلاج واحد وليس كذلك الكفارة فانها لا تتعلق بابتداء الجماع فلا يؤدى ايجابها فى الاستدامة الى ايجاب كفارتين بايلاج واحد وان نزع ثم أولج نظرت فان كانا جاهلين بالتحريم بان اعتقدا ان الطلاق لا يقع الا باستكمال الوطء لم يجب عليهما الحد للشبهة فعلى هذا يجب المهر وان كانا عالمين بالتحريم ففى الحد وجهان أحدهما انه يجب لانه ايلاج مستأنف محرم من غير شبهة فوجب به الحد كالايلاج فى الاجنبية فعلى هذا لا يجب المهر لأنها زانية والثانى لا يجب الحد لان الايلاجات وطء واحد فاذا لم يجب فى أوله لم يجب فى اتمامه فعلى هذا يجب لها المهر وان علم الزوج بالتحريم وجهلت الزوجة أو علمت ولم تقدر على دفعه لم يجب عليها الحد ويجب لها المهر وفى وجوب الحد على الزوج وجهان وان كان الزوج جاهلا بالتحريم وهى عالمة ففى وجوب الحد عليها وجهان أحدهما يجب فعلى هذا لا يجب لها المهر والثانى لا يجب فعلى هذا يجب لها المهر

﴿ فصل ﴾ وان طلق فقد سقط حكم الايلاء و بقيت اليمين فان امتنع ولم يف ولم يطلق ففيه قولان قال فى القديم لا يطلق عليه الحاكم لقوله ﷺ الطلاق لمن أخذ بالساق ولان ما خير فيه الزوج بين أمرين لم يقم الحاكم فيه مقامه فى الاختيار كما لو أسلم وتحته أختان فعلى هذا يحبس حتى يطلق أو يفى كما يحبس اذا امتنع من اختيار احدى الأختين وقال فى الجديد يطلق الحاكم عليه لان ما دخلت النيابة فيه وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم فيه مقامه كقضاء الدين فعلى هذا يطلق عليه طلقة وتكون رجعية وقال أبو ثور تقع طلقة بائنة لانها فرقة لدفع الضرر لفقد الوطء فكانت بائنة كفرقة العنين وهذا خطأ لانه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعيا كالطلاق من غير ايلاء و يخالف فرقة العنين فان تلك الفرقة فسخ وهذا طلاق فاذا وقع الطلاق ولم يراجع حتى بانت ثم تزوجها والمدة باقية فهل يعود الايلاء على ما ذكرناه فى عود اليمين فى النكاح الثانى فان قلنا يعود فان كانت المدة باقية استؤنفت مدة الايلاء ثم طولب بعد انقضائها بالفيئة أو الطلاق فان راجعها والمدة باقية استؤنفت المدة وطولب بالفيئة أو الطلاق وعلى هذا الى أن يستوفى الثلاث فان عادت اليه بعد استيفاء الثلاث والمدة باقية فهل يعود الايلاء على قولين

﴿ فصل ﴾ وان انقضت المدة وهناك عذر يمنع الوطء نظرت فان كان لمعنى فيها كالمرض والجنون الذى لا يخاف منه أو الاغماء الذى لا تمييز معه أو الحبس فى موضع لا يصل اليه أو الاحرام أو الصوم الواجب أو الحيض أو النفاس لم يطالب لان المطالبة تكون مع الاستحقاق وهى لا تستحق الوطء فى هذه الأحوال فلم تجز المطالبة به وان كان العذر من جهته نظرت فان كان مغلوبا على عقله لم يطالب لانه لا يصلح للخطاب ولا يصلح منه جواب فان كان مريضا مرضا يمنع الوطء أو حبس بغير حق حبسا يمنع الوصول اليه طولب ان يفىء فيئة المعذور بلسانه وهو أن يقول لست أقدر على الوطء ولو قدرت لفعلت فاذا قدرت فعلت وقال أبو ثور

هو الظل. والفىء الغنيمة. أصله كله الرجوع وكله مهموز (قوله على وجه اللجاج والغضب) اللجاج والملاجة التى تؤدى الى الخصومة وتطويلها

لا يلزمه الفيئة باللسان لان الضرر بترك الوطء لا يزول بالفيئة باللسان وهذا خطأ لان القصد بالفيئة ترك ماقصد اليه من الاضرار وقد ترك القصد الى الاضرار بما أتى به من الاعتذار ولان القول مع العذر يقوم مقام الفعل عند القدرة ولهذا نقول ان اشهاد الشفيع على طلب الشفعة فى حال الغيبة يقوم مقام الطلب فى حال الحضور فى اثبات الشفعة واذا فاء باللسان ثم قدر طولب بالوطء لانه تأخر بعذر فاذا زال العذر طولب به

﴿فصل﴾ وان انقضت المدة وهو غائب فان كان الطريق آمنا فلها أن توكل من يطالبه بالمسير اليها أو بحملها اليه أو بالطلاق وان كان الطريق غير آمن فاء فيئة معذور الى أن يقدر فان لم يفعل أخذ بالطلاق

﴿فصل﴾ وان انقضت المدة وهو محرم قيل له ان وطئت فسد احرامك وان لم تطأ أخذت بالطلاق فان طلقها سقط حكم الايلاء وان وطئها فقد أوفاها حقها وفسد نسكه وان لم يطأ ولم يطلق ففيه وجهان أحدهما يقتنع منه بفيئة معذور الى أن يتحلل لانه غير قادر على الوطء فأشبه المريض والمحبوس والثانى لا يقتنع منه وهو ظاهر النص لانه امتنع من الوطء بسبب من جهته

﴿فصل﴾ وان انقضت المدة وهو مظاهر قيل له ان وطئت قبل التكفير أثمت للظهار وان لم تطأ أخذت بالطلاق فان قال أمهلونى حتى أشترى رقبة أكفر بها أمهل ثلاثة أيام وان قال أمهلونى حتى أكفر بالصيام لم يمهل لان مدة الصيام تطول وان أراد أن يطأها قبل أن يكفر وقالت المرأة لا أمكنك من الوطء لانى محرمة عليك فقد ذكر الشيخ أبو حامد الاسفراينى رحمه الله انه ليس لها ان تمتنع فان امتنعت سقط حقها من المطالبة كما نقول فيمن له دين على رجل فأحضر مالا فامتنع صاحب الحق من أخذه وقال لا آخذه لانه مغصوب انه يلزمه ان يأخذه أو يبرئه من الدين وعندى ان لها أن تمتنع لانه وطء محرم فجاز لها أن تمتنع منه كوطء الرجعية ويخالف صاحب الدين فانه يدعى انه مغصوب والذى عليه الدين يدعى انه ماله والظاهر معه فان اليد تدل على الملك وليس كذلك وطء المظاهر منها فانهما متفقان على تحريمه فنظيره من المال أن يتفقا على انه مغصوب فلا يجبر صاحب الدين على أخذه

﴿فصل﴾ وان انقضت المدة فادعى انه عاجز ولم يكن قد عرف حاله انه عنين أو قادر ففيه وجهان أحدهما وهو ظاهر النص انه يقبل قوله لان التعنين من العيوب التى لا يقف عليها غيره فقبل قوله فيه مع اليمين فان حلف طولب بفيئة معذور أو يطلق والوجه الثانى انه لا يقبل قوله لانه متهم فعلى هذا يؤخذ بالطلاق

﴿فصل﴾ وان آلى المجبوب وقلنا انه يصح ايلاؤه أو آلى وهو صحيح الذكر وانقضت المدة وهو مجبوب فاء فيئة معذور وهو أن يقول لو قدرت فعلت فان لم يفئ أخذ بالطلاق

﴿فصل﴾ وان اختلف الزوجان فى انقضاء المدة فادعت المرأة انقضاءها وأنكر الزوج فالقول قول الزوج لان الأصل انها لم تنقض ولان هذا اختلاف فى وقت الايلاء فكان القول فيه قوله وان اختلفا فى الاصابة فادعى الزوج انه أصابها وأنكرت المرأة فعلى ماذكرناه فى العنين

﴿كتاب الظهار﴾

الظهار محرم لقوله عزوجل الذين يظهرون منكم من نسائهم ماهن أمهاتهم ان أمهاتهم الا اللائى ولدنهم وانهم ليقولون منكرا من

(قوله من العيوب التى لا يقف عليها غيره) أى لا يطلع عليها. يقال وقفت على العيب وأوقفت غيرى عليه أى أطلعته

﴿ومن كتاب الظهار﴾

الظهار مشتق من الظهر. وكل مركوب يقال له ظهر. قال ابن قتيبة وانما خصوا الظهر بالتحريم دون سائر الأعضاء لانه موضع الركوب والمرأة مركوبة اذا غشيت، فكأنه أراد بقوله أنت على كظهر أمى ركوبك للنكاح على حرام كركوب أمى للنكاح وهو استعارة وكناية عن الجماع (قوله الا اللائى ولدنهم) هو جمع التى يقال اللائى واللاتى

القول وزورا و يصح ذلك من كل زوج مكلف لقوله عزوجل والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة ولانه قول يختص به النكاح فصح من كل زوج مكلف كالطلاق ولا يصح من السيد فى أمته لقوله عزوجل والذين يظهرون من نسائهم نخص به الازواج ولان الظهار كان طلاقا فى النساء فى الجاهلية فنسخ حكمه و بقى محله

﴿ فصـل ﴾ وان قال أنت على كظهر أمى فهو ظهار وان قال أنت على كظهر جدتى فهو ظهار لان الجدة من الأمهات ولانها كالام فى التحريم وان قال أنت على كظهر أبى لم يكن ظهارا لانه ليس بمحل الاستمتاع فلم يصر بالتشبيه به مظاهرا كالبهيمة وان قال أنت على كظهر أختى أو عمتى ففيه قولان قال فى القديم ليس بظهار لان الله تعالى نص على الأمهات وهن الأصل فى التحريم وغيرهن فرع لهن ودونهن فلم يلحقن بهن فى الظهار وقال فى الجديد هو ظهار وهو الصحيح لانها محرمة بالقرابة على التأبيد فأشبهت الأم وان شبهها بمحرمة من غير ذوات المحارم نظرت فان كانت امرأة حلت له ثم حرمت عليه كالملاعنة والأم من الرضاع وحليلة الأب بعد ولادته أو محرمة تحل له فى الثانى كأخت زوجته وخالتها وعمتها لم يكن ظهارا لانهن دون الأم فى التحريم وان لم تحل له قط ولا تحل له فى الثانى كحليلة الأب قبل ولادته فعلى القولين فى ذوات المحارم

﴿ فصـل ﴾ وان قال أنت عندى أو أنت منى أو أنت معى كظهر أمى فهو ظهار لانه يفيد ما يفيد قوله أنت على كظهر أمى وان شبهها بعضو من أعضاء الأم غير الظهر بأن قال أنت على كفرج أمى أو كيدها أو كرأسها فالمنصوص أنه ظهار ومن أصحابنا من جعلها على قولين قياسا على من شبهها بذات رحم محرم منه غير الأم والصحيح انه ظهار قولا واحدا لان غير الظهر كالظهر فى التحريم وغير الأم دون الأم فى التحريم وان قال أنت على كبدن أمى فهو ظهار لانه يدخل الظهر فيه وان قال أنت على كروح أمى ففيه ثلاثة أوجه أحـدها أنه ظهار لانه يعبر به عن الجلة والثانى أنه كناية لانه يحتمل أنها كالروح فى الكرامة فلم يكن ظهارا من غـير نية والثالث وهو قول على ابن أبى هريرة أنه ليس بصريح ولا كناية لأن الروح ليس من الأعيان التى يقع بها التشبيه وان شبه عضوا من زوجته بظهر أمـه بأن قال رأسك أو يدك على كظهر أمى فهو ظهار لانه قول يوجب تحريم الزوجة فجاز تعليقه على يدها ورأسها كالطلاق وعلى قول ذلك القائل يجب أن يكون ههنا قول آخر أنه ليس بظهار

﴿ فصـل ﴾ وان قال أنت على كأمى أو مثل أمى لم يكن ظهارا الا بالنية لانه يحتمل انها كالأم فى التحريم أو فى الكرامة فلم يجعل ظهارا من غير نية كالكنايات فى الطلاق

﴿ فصل ﴾ وان قال أنت طالق ونوى به الظهار لم يكن ظهارا وان قال أنت على كظهر أمى ونوى به الطلاق لم يكن طلاقا لان كل واحد منهما صريح فى موجبه فى الزوجية فلا ينصرف عن موجبه بالنية وان قال أنت طالق كظهر أمى ولم ينو شيئا وقع الطلاق بقوله أنت طالق و يلغى قوله كظهر أمى لأنه ليس معه ما يصير به ظهارا وهو قوله أنت على أو منى أو معى أو عندى فيصير كما لو قال ابتداء كظهر أمى وان قال أردت أنت طالق طلاقا يحرم كما يحرم الظهار وقع الطلاق وكان قوله كظهر أمى تأكيدا وان قال أردت أنت طالق وأنت على كظهر أمى فان كان الطلاق رجعيا صار مطلقا ومظاهرا وان كانت بائنا وقع الطلاق ولم يصح الظهار لان الظهار يلحق الرجعية ولا يلحق البائن وان قال أنت على حرام كظهر أمى ولم ينو شيئا فهو ظهار لانه أتى بصريح الظهار وأكده بلفظ التحريم وان نوى به الطلاق فقد روى الربيع انه طلاق وروى فى بعض نسخ المزنى انه ظهار وبه قال بعض أصحابنا لان ذكر الظهار قرينة ظاهرة ونية الطلاق قرينة خفيفة فقدمت القرينة الظاهرة على القرينة الخفية والصحيح انه طلاق وأما الظهار فهو غلط وقع فى بعض النسخ لأن التحريم كناية فى الطلاق والكناية مع النية كالصريح فصار كما لو قال أنت طالق كظهر أمى وان قال أردت الطلاق والظهار فان كان الطلاق رجعيا صار مطلقا ومظاهرا وان كان الطلاق بائنا صح الطلاق ولم يصح الظهار لما ذكرناه فيما تقدم وعلى مذهب ذلك القائل هو مظاهر لأن القرينة الظاهرة مقدمة وان قال أردت تحريم عينها وجبت كفارة

(قوله ثم يعودون لما قالوا) أى الى ما قالوا فاللام بمعنى الى (قوله فتحرير رقبة) أى عتقها. وأصل الحر الخالص من كل شىء فكأنه خلص من رق العبودية. ومنه قوله تعالى انى نذرت لك ما فى بطنى محررا أى مخلصا لعبادة الله تعالى عن أعمال الدنيا. يقال حر أى خالص (قوله زوج مكلف) قد ذكر التكليف وانه ايجاب المفروضات

يمين وعلى قول ذلك القائل هو مظاهر

﴿ فصل ﴾ و يصح الظهار مؤقتا وهو ان يقول أنت على كظهر أمى يوما أو شهرا نص عليه فى الام وقال فى اختلاف العراقيين لا يصير مظاهرا لأنه لو شبهها بمن تحرم الى وقت لم يصر مظاهرا فكذلك اذا شبهها بأمه الى وقت والصحيح هو الاول لما روى سلمة بن صخر قال كنت امرأ أصيب من النساء ما لا يصيب غيرى فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتى شيئا يتتابع بى حتى أصبح فظاهرت منها حتى ينسلخ رمضان فبينما هى تحدثنى ذات ليلة وتكشف لى منها شىء فلم ألبث ان نزوت عليها فانطلقت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته فقال حرر رقبة ولأن الحكم انما تعلق بالظهار لقوله المنكر والزور وذلك موجود فى المؤقت

﴿ فصل ﴾ و يجوز تعليقه بشرط كدخول الدار ومشيئة زيد لانه قول يوجب تحريم الزوجة فجاز تعليقه بالشرط كالطلاق وان قال ان تظاهرت من فلانة فأنت على كظهر أمى فتزوج فلانة وتظاهر منها صار مظاهرا من الزوجة لانه قد وجد شرط ظهارها وان قال ان تظاهرت من فلانة الاجنبية فأنت على كظهر أمى ثم تزوج فلانة وظاهر منها ففيه وجهان أحدهما لا يصير مظاهرا من الزوجة لانه شرط ان يظاهر من الاجنبية والشرط لم يوجد فصار كما لو قال ان تظاهرت من فلانة وهى أجنبية فأنت على كظهر أمى ثم تزوجها وظاهر منها والثانى يصير مظاهرا منها لانه علق ظهارها بعينها ووصفها بصفة والحكم اذا تعلق بعين على صفة كانت الصفة تعريفا لا شرطا كما لو قال والله لا دخلت دار زيد هذه فباعها زيد ثم دخلها فانه يحنث وان لم تكن ملك زيد

﴿ فصل ﴾ وان قالت الزوجة لزوجها أنت على كظهر أبى أو أنا عليك كظهر أمك لم يلزمها شىء لانه قول يوجب تحريما فى الزوجية يملك الزوج رفعه فاختص به الرجل كالطلاق

﴿ فصل ﴾ واذا صح الظهار ووجد العود وجبت الكفارة لقوله عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة والعود هو أن يمسكها بعد الظهار زمانا يمكنه أن يطلقها فلم يفعل وان ماتت المرأة عقيب الظهار أو طلقها عقيب الظهار لم تجب الكفارة والدليل على أن العود ما ذكرناه هو ان تشبيهها بالام يقتضى أن لا يمسكها فاذا أمسكها فقد عاد فيما قال فاذا ماتت أو طلقها عقيب الظهار لم يوجد العود فيما قال

﴿ فصل ﴾ وان تظاهر من رجعية لم يصر عائدا قبل الرجعة لانه لا يوجد الامساك وهى تجرى الى البينونة فان راجعها فهل تكون الرجعة عودا أم لا فيه قولان قال فى الاملاء لا تكون عودا حتى يمسكها بعد الرجعة لان العود استدامة الامساك والرجعة ابتداء استباحة فلم تكن عودا وقال فى الام هو عود لان العود هو الامساك وقد سمى الله عز وجل الرجعة امساكا فقال فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ولانه اذا حصل العود باستدامة الامساك فلأن يحصل بابتداء الاستباحة أولى وان بانت منه ثم تزوجها فهل يعود الظهار أم لا على الاقوال التى مضت فى الطلاق فاذا قلنا انه يعود فهل يكون النكاح عودا فيه وجهان الصحيح لا بناء على القولين فى الرجعة وان ظاهر الكافر من امرأته وأسلمت المرأة عقيب الظهار فان كان قبل الدخول لم تجب الكفارة لانه لم يوجد العود وان كان بعد الدخول لم يصر عائدا ما دامت فى العدة لأنها تجرى الى البينونة وان أسلم الزوج قبل انقضاء العدة ففيه وجهان أحدهما لا يصير عائدا لان العود هو الامساك على النكاح وذلك لا يوجد الا بعد الاسلام والثانى يصير عائدا لان قطع البينونة بالاسلام أبلغ من الامساك فكان العود به أولى

﴿ فصل ﴾ وان كانت الزوجة أمة فاشتراها الزوج عقيب الظهار ففيه وجهان أحدهما ان الملك عود لان العود أن يمسكها على الاستباحة وذلك قد وجد والثانى وهو قول أبى اسحق ان ذلك ليس بعود لان العود هو الامساك على الزوجية والشروع فى الشراء تسبب لفسخ النكاح فلم يجز أن يكون عودا وان قذفها وأتى من اللعان بلفظ الشهادة و بقى لفظ اللعن فظاهر منها ثم أتى بلفظ اللعن عقيب الظهار لم يكن ذلك عودا لأنه يقع به الفرقة فلم يكن عودا كما لو طلقها وان قذفها ثم ظاهر

(قوله شيئا يتتابع بى) التتابع التهافت فى الشر واللجاج ولا يكون التتابع الا فى الشر. والسكران يتتابع أى يرمى بنفسه. وتتابع البعير فى مشيه اذا حرك ألواحه (قوله فلم ألبث ان نزوت عليها) أى قفزت وطفرت

منها ثم أتى بلفظ اللعان ففيه وجهان أحدهما أنه صار عائدا لانه أمسكها زمانا أمكنه أن يطلقها فيه فلم يطلق والثانى وهو قول أبى اسحق انه لا يكون عائدا لانه اشتغل بما يوجب الفرقة فصار كما لو ظاهر منها ثم طلق وأطال لفظ الطلاق

﴿ فصل ﴾ وان كان الظهار مؤقتا ففى عوده وجهان أحدهما وهو قول المزنى أن العود فيه أن يمسكها بعد الظهار زمانا يمكنه أن يطلقها فيه كما قلنا فى الظهار المطلق والثانى وهو المنصوص أنه لا يحصل العود فيه الا بالوطء لان امساكه يجوز أن يكون لوقت الظهار و يجوز أن يكون لما بعد مدة الظهار فلا يتحقق العود الا بالوطء فان لم يطأها حتى مضت المدة سقط الظهار ولم تجب الكفارة لانه لم يوجد العود

﴿ فصل ﴾ وان تظاهر من أربع نسوة بأربع كلمات وأمسكهن لزمه لكل واحدة كفارة وان تظاهر منهن بكلمة واحدة بأن قال أنتن على كظهر أمى وأمسكهن ففيه قولان قال فى القديم تلزمه كفارة واحدة لما روى ابن عباس وسعيد بن المسيب رضى الله عنهما أن عمر رضى الله عنه سئل عن رجل تظاهر من أربع نسوة فقال يجزيه كفارة واحدة وقال فى الجديد يلزمه أربع كفارات لانه وجد الظهار والعود فى حق كل واحدة منهن فلزمه أربع كفارات كما لو أفردهن بكلمات وان تظاهر من امرأة ثم ظاهر منها قبل أن يكفر عن الأول نظرت فان قصد التأكيد لزمه كفارة واحدة وان قصد الاستئناف ففيه قولان قال فى القديم تلزمه كفارة واحدة لأن الثانى لم يؤثر فى التحريم وقال فى الجديد يلزمه كفارتان لأنه قول يؤثر فى تحريم الزوجة كرره على وجه الاستئناف فتعلق بكل مرة حكم الطلاق وان أطلق ولم ينو شيئا فقد قال بعض أصحابنا حكمه حكم مالو قصد التأكيد ومنهم من قال حكمه حكم مالو قصد الاستئناف كما قلنا فيمن كرر الطلاق وان كانت له امرأتان وقال لاحداهما ان تظاهرت منك فالاخرى على كظهر أمى ثم تظاهر من الأولى وأمسكها لزمه كفارتان قولا واحدا لأنه أفرد كل واحدة منهما بظهار

﴿ فصل ﴾ واذا وجبت الكفارة حرم وطؤها الى أن يكفر لقوله عز وجل والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا فشرط فى العتق والصوم أن يكونا قبل المسيس وقسنا عليهما الاطعام وروى عكرمة أن رجلا ظاهر من امرأته ثم واقعها قبل أن يكفر فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال ما حملك على ما صنعت قال رأيت بياض ساقيها فى القمر قال فاعتزلها حتى تكفر عن يمينك واختلف قوله فى المباشرة فيما دون الفرج فقال فى القديم تحرم لانه قول يؤثر فى تحريم الوطء فحرم به ما دونه من المباشرة كالطلاق وقال فى الجديد لا تحرم لأنه وطء لا يتعلق بتحريمه مال فلم يجاوزه التحريم كوطء الحائض والله أعلم

﴿ باب كفارة الظهار ﴾

وكفارته عتق رقبة لمن وجد وصيام شهرين متتابعين لمن لم يجد الرقبة واطعام ستين مسكينا لمن لا يجد الرقبة ولا يطيق الصوم والدليل عليه قوله عز وجل والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وروت خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر منى زوجى أوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو اليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلنى فيه ويقول اتقى الله فانه ابن عمك فما برحت حتى نزل القرآن قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى الى الله الآية فقال يعتق رقبة فقلت لا يجد قال فليصم شهرين متتابعين قلت يارسول الله شيخ كبير ما به صيام قال فليطعم ستين مسكينا قلت يارسول الله ما عنده شىء يتصدق به قال فأتى بعرق من تمر قلت يارسول الله وأنا أعينه بعرق آخر قال قد أحسنت فاذهبى فأطعمى بهما عنه ستين مسكينا وارجعى الى ابن عمك فان كان له مال يشترى به رقبة فاضلا عما يحتاج اليه لقوته ولكسوته ومسكنه و بضاعة

(قوله من قبل أن يتماسا) المماسة ههنا الجماع ومنه قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن، سمى بذلك لمس البشرة البشرة وكذلك سميت المباشرة لمس البشرة البشرة وهى ظاهر الجلد (قوله الكفارة) مأخوذة من كفرت الشىء اذا غطيته وسترته كأنها تغطى الذنوب وتسترها قال لبيد * كفر النجوم ظلامها * (قوله أتى بعرق من تمر) العرق بفتح الراء القفة من الخوص وغيره قبل أن يجعل منه الزنبيل. ومنه قيل للزنبيل عرق

لابد له منها وجب عليه العتق وان كان له رقبة لايستغني عن خدمتها بأن كان كبيرا أو مريضا أو ممن لايخدم نفسه لم يلزمه صرفها فى الكفارة لأن مايستغرقه حاجته كالمعدوم فى جواز الانتقال الى البدل كما نقول فيمن معه ماء يحتاج اليه للعطش وان كان ممن يخدم نفسه ففيه وجهان أحدهما يلزمه العتق لأنه مستغن عنه والثانى لايلزمه لأنه ما من أحد الا و يحتاج الى الترفه والخدمة وان وجبت عليه كفارة وله مال غائب فان كان لاضرر عليه فى تأخير الكفارة ككفارة القتل وكفارة الوطء فى رمضان لم يجز أن ينتقل الى الصوم لأنه قادر على العتق من غير ضرر فلا يكفر بالصوم كما لو حضر المال وان كان عليه ضرر فى تأخير الكفارة ككفارة الظهار ففيه وجهان أحدهما لايكفر بالصوم لأن له مالا فاضلا عن كفايته يمكنه أن يشترى به رقبة فلا يكفر بالصوم كما نقول فى كفارة القتل والثانى له أن يكفر بالصوم لأن عليه ضررا فى تحريم الوطء الى أن يحضر المال فجاز له أن يكفر بالصوم

﴿فصل﴾ وان اختلف حاله من حين وجبت الكفارة الى حين الأداء ففيه ثلاثة أقوال أحدها أن يعتبر حال الأداء لأنها عبادة لها بدل من غير جنسها فاعتبر فيها حال الأداء كالوضوء والثانى يعتبر حال الوجوب لأنه حق يجب على وجه التطهير فاعتبر فيه حال الوجوب كالحد والثالث يعتبر أغلظ الأحوال من حين الوجوب الى حين الأداء فأى وقت قدر على العتق لزمه لأنه حق يجب فى الذمة بوجود المال فاعتبر فيه أغلظ الأحوال كالحج

﴿فصل﴾ ولا يجزئ فى شىء من الكفارات الا رقبة مؤمنة لقوله عز وجل ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة فنص فى كفارة القتل على رقبة مؤمنة وقسنا عليها سائر الكفارات

﴿فصل﴾ ولا يجزئ الا رقبة سليمة من العيوب التى تضر بالعمل ضررا بينا لأن المقصود تمليك العبد منفعته وتمكينه من التصرف وذلك لايحصل مع العيب الذى يضر بالعمل ضررا بينا فان أعتق أعمى لم يجز لأن العمى يضر بالعمل الضرر البين وان أعتق أعور أجزأه لأن العور لايضر بالعمل ضررا بينا لأنه يدرك مايدرك البصير بالعينين ولا يجزئ مقطوع اليد أو الرجل لأن ذلك يضر بالعمل ضررا بينا ولا يجزئ مقطوع الابهام أو السبابة أو الوسطى لأن منفعة اليد تبطل بقطع كل واحد منهما و يجزئ مقطوع الخنصر أو البنصر لأنه لاتبطل منفعة اليد بقطع احداهما فان قطعتا جميعا فان كانتا من كف واحدة لم تجزه لأنه تبطل منفعة اليد بقطعهما وان كانتا من كفين أجزأه لانه لاتبطل منفعة كل واحد من الكفين وان قطع منه أنملتان فان كانتا من الخنصر أو البنصر أجزأه لان ذهاب كل واحدة منهما لايمنع الاجزاء فلأن لايمنع ذهاب أنملتين أولى وان كانتا من الوسط أو السبابة لم يجزه لانه تبطل به منفعة الأصبع وان قطعت منه أنملة فان كانت من غير الابهام أجزأه لانه لاتبطل به منفعة الاصبع وان كانت من الابهام لم يجزه لانه تبطل به منفعة الابهام

﴿فصل﴾ وان كان أعرج نظرت فان كان عرجا قليلا أجزأه لانه لايضر بالعمل ضررا بينا وان كان كثيرا لم يجزه لانه يضر بالعمل ضررا بينا و يجزئ الاصم لان الصمم لايضر بالعمل بل يزيد فى العمل لانه لايسمع مايشغله وأما الاخرس فقد قال فى موضع يجزئه وقال فى موضع لايجزئه فمن أصحابنا من قال ان كان مع الخرس صمم لم يجزه لانه يضر بالعمل ضررا بينا وان لم يكن معه صمم أجزأه لانه لايضر بالعمل ضررا بينا وحمل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال ان كان يعقل الاشارة أجزأه لانه يبلغ بالاشارة مايبلغ بالنطق وان كان لايعقل لم يجزه لانه يضر بالعمل ضررا بينا وحمل القولين على هذين الحالين وان كان مجنونا جنونا مطبقا يمنع العمل لم يجزه لانه لايصلح للعمل وان كان يجن و يفيق نظرت فان كان زمان الجنون أكثر لم يجزه لانه يضر به ضررا بينا وان كان زمان الافاقة أكثر أجزأه لانه لايضر به ضررا بينا و يجزئ الاحمق وهو الذى يفعل الشىء فى غير موضعه مع العلم بقبحه

﴿فصل﴾ و يجزئ الاجدع لانه كغيره فى العمل و يجزئ مقطوع الاذن لان قطع الاذن لايؤثر فى العمل وغيره أولى منه ليخرج من الخلاف فان عند مالك لايجزئه و يجزئ ولد الزنا لانه كغيره فى العمل وغيره أولى منه لان الزهرى والاوزاعى

(قوله أنملتان) الانامل رؤس الاصابع واحدتها أنملة بالفتح ذكره فى الصحاح [قوله جنونا مطبقا] المطبق الذى لايفيق منه من المطابقة بين الشيئين وهى الموالاة لانه يتوالى جنونه

لا يجزى ذلك ويجزئ المجبوب والخصى لان الجب والخصى لا يضران بالعمل ضررا بينا ويجزئ الصغير لانه يرجى من منافعه وتصرفه أكثر مما يرجى من الكبير ولا يجزئ عتق الحمل لانه لم يثبت له حكم الأحياء ولهذا لا يجب عنه زكاة الفطر ويجزئ المريض الذى يرجى برؤه ولا يجزئ من لا يرجى برؤه لانه لا عمل فيه ويجزئ نضو الخلق اذا لم يعجز عن العمل ولا يجزئ اذا عجز عن العمل وان أعتق من هو ناقص الخلقة وجانيا وجوزنا عتقه أجزأه لانه كغيره فى العمل

﴿ فصل ﴾ ولا يجزئ عبد مغصوب لانه ممنوع من التصرف فى نفسه فهو كالزمن وان أعتق غائبا لا يعرف خبره فظاهر ما قاله ههنا أنه لا يجزئه وقال فى زكاة الفطر ان عليه فطرته فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما الى الاخرى وجعلهما على قولين أحدهما يجزئه عن الكفارة وتجب زكاة الفطر عنه لانه على يقين من حياته وعلى شك من موته واليقين لا يزال بالشك والثانى لا يجزئه فى الكفارة ولا تجب زكاة فطرته لان الاصل فى الكفارة وجوبها فلا تسقط بالشك والاصل فى زكاة الفطر براءة ذمته منها فلا تجب بالشك ومنهم من قال لا يجزئه فى الكفارة وتجب زكاة الفطر لان الاصل ارتهان ذمته بالكفارة بالظهار المتحقق وارتهانها بالزكاة بالملك المتحقق فلم تسقط الكفارة بالحياة المشكوك فيها ولا الزكاة بالموت المشكوك فيه

﴿ فصل ﴾ ولا يجزئ عتق أم الولد ولا المكاتب لانهما يستحقان العتق بغير الكفارة بدليل أنه لا يجوز ابطاله بالبيع فلا يسقط بعتقهما فرض الكفارة كما لو باع من فقير طعاما ثم دفعه اليه عن الكفارة ويجزئ المدبر والمعتق بصفة لان عتقهما غير مستحق بدليل أنه يجوز ابطاله بالبيع

﴿ فصل ﴾ وان اشترى من يعتق عليه من الاقارب ونوى عتقه عن الكفارة لم يجزه لان عتقه مستحق بالقرابة فلا يجوز أن يصرفه الى الكفارة كما لو استحق عليه الطعام فى النفقة فى القرابة فدفعه اليه عن الكفارة وان اشترى عبدا بشرط أن يعتقه فأعتقه عن الكفارة لم يجزه لانه مستحق العتق بغير الكفارة فلا يجوز صرفه الى الكفارة وان كان مظاهرا وله عبد فقال لامرأته ان وطئتك فعلى أن أعتق عبدى عن كفارة الظهار فوطئها ثم أعتق العبد عن الظهار ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على الطبرى أنه لا يجزئه لان عتقه مستحق بالحنث فى الايلاء والثانى وهو قول أبى اسحق انه يجزئه وهو المذهب لانه لا يتعين عليه عتقه لانه مخير بين أن يعتقه وبين أن يكفر كفارة يمين

﴿ فصل ﴾ وان كان بينه وبين آخر عبد وهو موسر فأعتق نصيبه ونوى عتق الجميع عن الكفارة أجزأه لانه عتق العبد بالمباشرة والسراية وحكم السراية حكم المباشرة ولهذا اذا جرحه وسرى الى نفسه جعل كما لو باشر قتله وان كان معسرا اعتق نصيبه وان ملك نصيب الآخر وأعتقه عن الكفارة أجزأه لانه أعتق جميعه عن الكفارة وان كان فى وقتين فأجزأه كما لو أطعم المساكين فى وقتين وان أعتق نصف عبدين عن كفارة ففيه ثلاثة أوجه أحدها لا يجزئه لان المأمور به عتق رقبة ولم يعتق رقبة والثانى يجزئه لان أبعاض الجملة كالجملة فى زكاة الفطر وزكاة المال فكذلك فى الكفارة والثالث أنه ان كان باقيهما حرا أجزأه لانه يحصل تكميل الاحكام والتمكين من التصرف فى منافعه على التمام وان كان مملوكا لم يجزه لانه لا يحصل له تكميل الاحكام والتمكين التام

﴿ فصل ﴾ اذا قال لغيره أعتق عبدك عنى فأعتقه عنه دخل العبد فى ملكه وعتق عليه سواء كان بعوض أو بغير عوض واختلف أصحابنا فى الوقت الذى يعتق عليه فقال أبو اسحاق يقع الملك والعتق فى حالة واحدة ومن أصحابنا من قال يدخل فى ملكه ثم يعتق عليه وهو الصحيح لان العتق لا يقع عنه فى ملك غيره فوجب أن يتقدم الملك ثم يقع العتق وان قال أعتق عبدك عن كفارتى فأعتقه عن كفارته أجزأه لانه وقع العتق عنه فصار كما لو اشتراه ثم أعتقه

﴿ فصل ﴾ وان لم يجد رقبة وقدر على الصوم لزمه أن يصوم شهرين متتابعين لقوله عز وجل فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان دخل فيه فى أول الشهر صام شهرين بالاهلة لان الاشهر فى الشرع بالاهلة والدليل عليه قوله عز وجل يسألونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس والحج فان دخل فيه وقد مضى من الشهر خمسة أيام صام ما بقى وصام الشهر الذى بعده ثم يصوم من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوما لانه تعذر اعتبار الهلال فى شهر فاعتبر بالعدد كما يعتبر العدد فى الشهر الذى غم عليهم الهلال فى صوم رمضان وان

(قوله نضو الخلق) أصله المهزول ثم قيل لضعيف الخلق نضو. والزمن الذى طال زمانه فى العلة

أفطر فى يوم منه من غير عذر لزمه أن يستأنف وان جامع بالليل قبل أن يكفر أثم لانه جامع قبل التكفير ولا يبطل التتابع لان جماعه لم يؤثر فى الصوم فلم يقطع التتابع كالاكل بالليل وان كان الفطر لعذر نظرت فان كانت امرأة حاضت فى صوم كفارة القتل أو الوطء فى كفارة رمضان لم ينقطع التتابع لأنه لاصنع لها فى الفطر ولانه لا يمكن حفظ الشهرين من الحيض الا بالتأخير الى أن تيأس من الحيض وفى ذلك تغرير بالكفارة لانها ربما ماتت قبل الاياس فتفوت وان كان الفطر بمرض ففيه قولان أحدهما يبطل التتابع لأنه أفطر باختياره فبطل التتابع كما لو أجهده الصوم فأفطر والثانى لا يبطل لان الفطر بسبب من غير جهته فلم يقطع التتابع كالفطر بالحيض وان كان بالسفر ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالفطر بالمرض لان السفر كالمرض فى اباحة الفطر فكان كالمرض فى قطع التتابع والثانى أنه يقطع التتابع قولا واحدا لان سببه من جهته وان انقطع الصوم بالاغماء فهو كما لو أفطر بالمرض وان أفطرت الحامل أو المرضع فى كفارة القتل أو الجماع فى رمضان خوفا على ولديهما ففيه طريقان أحدهما أنه على قولين لانه فطر لعذر فهو كالفطر بالمرض والثانى انه ينقطع التتابع قولا واحدا لأن فطرهما لعذر فى غيرهما فلم يلحقا بالمريض ولهذا يجب عليهما الفدية مع القضاء فى صوم رمضان ولا يجب على المريض وان دخل فى الصوم فقطعه بصوم رمضان أو يوم النحر لزمه أن يستأنف لأنه ترك التتابع بسبب لا عذر فيه

﴿فصل﴾ وان دخل فى الصوم ثم وجد الرقبة لم يبطل صومه وقال المزنى يبطل كما قال فى المتيمم اذا رأى الماء فى الصلاة وقد دللنا عليه فى الطهارة والمستحب أن يخرج من الصوم ويعتق لأن العتق أفضل من الصوم لما فيه من نفع الآدمي ولأنه يخرج من الخلاف

﴿فصل﴾ وان لم يقدر على الصوم لكبر لا يطيق معه الصوم أو لمرض لا يرجى برؤه منه لزمه أن يطعم ستين مسكينا للآية والواجب أن يدفع الى كل مسكين مدا من الطعام لما روى أبو هريرة رضى الله عنه فى حديث الجماع فى شهر رمضان أن رسول الله ﷺ قال له أطعم ستين مسكينا قال لا أجد قال فأتى النبى ﷺ بعرق من تمر فيه خمسة عشر صاعا فقال خذه وتصدق به واذا ثبت هذا بالجماع بالخبر ثبت فى المظاهر بالقياس عليه

﴿فصل﴾ ويجب ذلك من الحبوب والثمار التى تجب فيها الزكاة لأن الابدان بها تقوم ويجب من غالب قوت بلده وقال القاضى أبو عبيد ابن حربويه يجب من غالب قوته لأن فى الزكاة الاعتبار بماله فكذلك ههنا والمذهب الأول لقوله تعالى فاطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم والأوسط الاعدل وأعدل ما يطعم أهله قوت البلد ويخالف الزكاة فانها تجب من المال والكفارة تجب فى الذمة فان عدل الى قوت بلد آخر فان كان أجود من غالب قوت بلده الذى هو فيه جاز لانه زاد خيرا فان لم يكن أجود فان كان مما يجب فيه زكاة ففيه وجهان أحدهما يجزئه لأنه قوت تجب فيه الزكاة فأشبه قوت البلد والثانى لا يجزئه وهو الصحيح لأنه دون قوت البلد فان كان فى موضع قوتهم الاقط ففيه قولان أحدهما يجزئه لأنه مكيل مقتات فأشبه قوت البلد والثانى لا يجزئه لأنه يجب فيه الزكاة فلم يجزئه كاللحم وان كان لحما أو سمكا أو جرادا ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالاقط ومنهم من قال لا يجزئه قولا واحدا ويخالف الاقط لأنه يدخله الصاع وان كان فى موضع لا قوت فيه وجب من غالب قوت أقرب البلاد اليه

﴿فصل﴾ ولا يجوز الدقيق والسويق والخبز ومن أصحابنا من قال يجزئه لأنه مهيأ للاقتيات مستغنى عن مؤنته وهذا فاسد لأنه ان كان قد هيأ لمنفعة فقد فوت فيه وجوها من المنافع ولا يجوز اخراج القيمة لأنه أحد ما يكفر به ٧ فلم يجز فيه القيمة كالعتق

﴿فصل﴾ ولا يجوز أن يدفع الواجب الى أقل من ستين مسكينا للآية والخبر فان جمع ستين مسكينا وغداهم وعشاهم لما عليه من الطعام لم يجزه لأن ما وجب للفقراء بالشرع وجب فيه التمليك كالزكاة ولأنهم يختلفون فى الأكل ولا يتحقق أن كل واحد منهم يتناول قدر حقه وان قال لهم ملكتكم هذا بينكم بالسوية ففيه وجهان أحدهما لا يجزئه وهو قول أبى سعيد الاصطخرى لأنه يلزمهم مؤنة فى قسمته فلم يجزه كما لو سلم اليهم الطعام فى السنابل والثانى أنه يجزئه وهو الأظهر لأنه سلم الى كل واحد منهم قدر

(قوله مهيأ للاقتيات) أى مصلح. هيأت الشىء أصلحته قال الله تعالى وهيئ لنا من أمرنا رشدا

حقه والمؤنة فى قسمته قليلة فلا يمنع الاجزاء

﴿فصل﴾ ولا يجوز أن يدفع الى مكاتب لأنها تجب لأهل الحاجة والمكاتب مستغن بكسبه ان كان له كسب أو بأن يفسخ الكتابة ويرجع الى مولاه ان لم يكن له كسب ولا يجوز أن يدفع الى كافر لأنها كفارة فلا يجوز صرفها الى كافر كالعتق ولا يجوز دفعها الى من تلزمه نفقته من زوجة أو والد أو ولد لأنه مستغن بالنفقة فان دفع بعض ما عليه من الطعام ثم قدر على الصيام لم يلزمه الانتقال الى الصوم كما لا يلزمه الانتقال الى العتق اذا وجد الرقبة فى أثناء الصوم والافضل أن ينتقل اليه لانه أصل

﴿فصل﴾ ولا يجوز أن يكفر عن الظهار قبل أن يظاهر لأنه حق يتعلق بسببين فلا يجوز تقديمه عليهما كالزكاة قبل أن يملك النصاب ويجوز أن يكفر بالمال بعد الظهار وقبل العود لأنه حق مال يتعلق بسببين فاذا وجد أحدهما جاز تقديمه على الآخر كالزكاة قبل الحول وكفارة اليمين قبل الحنث

﴿فصل﴾ ولا يجوز شئ من الكفارات الا بالنية لقوله صلى الله عليه وسلم انما الاعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى ولانه حق يجب على سبيل الطهرة فافتقر الى النية كالزكاة ولا يلزمه فى النية تعيين سبب الكفارة كما لا يلزمه فى الزكاة تعيين المال الذى يزكيه فان كفر بالصوم لزمه أن ينوى كل ليلة أنه صائم غدا عن الكفارة وهل يلزمه نية التتابع فيه ثلاثة أوجه أحدها يلزمه أن ينوى كل ليلة لأن التتابع واجب فلزمه نيته كالصوم والثانى يلزمه أن ينوى ذلك فى أوله لانه يتميز بذلك عن غيره والثالث وهو الصحيح أنه لا تلزمه نية التتابع لان العبادة هى الصوم والتتابع شرط فى العبادة فلم تجب نيته فى أداء العبادة كالطهارة وستر العورة لا يلزمه نيتها فى الصلاة

﴿فصل﴾ وان كان المظاهر كافرا كفر بالعتق أو الطعام لأنه يصح منه العتق والاطعام فى غير الكفارة فصح منه فى الكفارة ولا يكفر بالصوم لأنه لا يصح منه الصوم فى غير الكفارة فلا يصح منه فى الكفارة فان كان المظاهر عبدا فقد ذكرناه فى باب المأذون فأغنى عن الاعادة وبالله التوفيق

﴿ كتاب اللعان ﴾

اذا علم الزوج ان امرأته زنت فان رآها بعينه وهى تزنى ولم يكن نسب يلحقه فله أن يقذفها وله أن يسكت لما روى علقمة عن عبد الله أن رجلا أتى النبى ﷺ فقال يارسول الله ان رجل وجد مع امرأته رجلا ان تكلم جلدتموه أو قتل قتلتموه أو سكت سكت على غيظ فقال النبى ﷺ اللهم افتح وجعل يدعو فنزلت آية اللعان والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم الآية فذكر أنه يتكلم أو يسكت ولم ينكر النبى ﷺ كلامه ولا سكوته وان أقرت عنده بالزنا فوقع فى نفسه صدقها أو أخبره بذلك ثقة أو استفاض أن رجلا يزنى بها ثم رأى الرجل يخرج من عندها فى أوقات الريب فله أن يقذفها وله أن يسكت لان

﴿ ومن كتاب اللعان ﴾

اللعان مصدر لاعن يلاعن لعانا وملاعنة مثل قاتل يقاتل قتالا ومقاتلة. وأصل اللعن الطرد والابعاد قال الله تعالى ويلعنهم اللاعنون قال أهل التفسير أى يطردهم ويبعدهم من رحمته. وقال فى ابليس وأن عليك اللعنة أى الطرد والابعاد من الرحمة. والكاذب من أحد المتلاعنين يستحق بالاثم والكذب الطرد من رحمة الله تعالى والابعاد عنها. وكانت العرب اذا فعل رجل منهم فاحشة ومنكرا طردوه وأبعدوه فيقال لعين آل فلان أى طريدهم وفى كلمة الشماخ كالرجل اللعين (قوله سكت على غيظ) الغيظ غضب كامن للعاجز. يقال غاظه فهو مغيظ (قوله اللهم افتح) أى احكم. والفتاح والفاتح الحاكم قال الله تعالى وأنت خير الفاتحين أى الحاكمين. وسمى الحاكم فاتحا لأنه يفتح ما استغلق من أمر الخصمين كما أن الحكم مأخوذ من حكمة الدابة المانعة لها عن الجماح الى غير القصد لأنه يمنع الخصمين من التعدى ومجاوزة الحق (قوله واستفاض) يقال فاض الخبر يفيض واستفاض أى شاع (قوله فى أوقات الريب) الريبة هى الشك لانه يتشكك فى سبب دخوله لأى أمر دخل اليها. ويقذفها أى يتكلم بزناها وأصل القذف الرمى ومنه الحديث ليس فى هذه الامة قذف ولا مسخ أراد لا يرمون بالحجارة كرمى قوم لوط

الظاهر أنها زنت فجاز له القذف والسكوت وأما اذا رأى رجلا يخرج من عندها ولم يستفض أنه زنى بها لم يجز أن يقذفها لانه يجوز أن يكون قد دخل اليها هاربا أو سارقا أو دخل ليراودها عن نفسها ولم تمكنه فلا يجوز قذفها بالشك وان استفاض أن رجلا يزنى بها ولم يجده عندها ففيه وجهان أحدهما لايجوز قذفها لأنه يحتمل أن يكون عدو قد أشاع ذلك عليها والثانى يجوز لأن الاستفاضة أقوى من خبر الثقة ولان الاستفاضة تثبت القسامة فى القتل فثبت بها جواز القذف

﴿فصل﴾ ومن قذف امرأته بزنا يوجب الحد أو تعزير القذف فطولب بالحد أو بالتعزير فله أن يسقط ذلك بالبينة لقوله عز وجل والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة فدل على أنه اذا أتى بأربعة شهداء لم يجلد ويجوز أن يسقط باللعان لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء فقال النبى ﷺ البينة أو الحد فى ظهرك فقال يارسول الله اذا رأى أحدنا رجلا على امرأته يلتمس البينة فجعل النبى ﷺ يقول البينة والا حد فى ظهرك فقال هلال والذى بعثك بالحق انى لصادق ولينزلن الله عز وجل فى أمرى ما يبرىء ظهرى من الحد فنزلت والذين يرمون أزواجهم ولأن الزوج يبتلى بقذف امرأته لنفى العار والنسب الفاسد و يتعذر عليه اقامة البينة فجعل اللعان بينة له ولهذا لما نزلت آية اللعان قال النبى ﷺ أبشر ياهلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا قال هلال قد كنت أرجو ذلك من ربى عز وجل فان قدر على البينة ولاعن جاز لأنهما بينتان فى اثبات حق فجاز اقامة كل واحدة منهما مع القدرة على الأخرى كالرجلين والرجل والمرأتين فى المال وان كان هناك نسب يحتاج الى نفيه لم يكتف بالبينة ولا ينتفى الا باللعان لأن الشهود لاسبيل لهم الى العلم بنفى النسب وان أراد أن يثبت الزنا بالبينة ثم يلاعن لنفى النسب جاز وان أراد أن يلاعن و يثبت الزنا و ينفى النسب باللعان جاز

﴿فصل﴾ وان عفت الزوجة عن الحد أو التعزير ولم يكن نسب لم يلاعن ومن أصحابنا من قال له أن يلاعن لقطع الفراش والمذهب الاول لان المقصود باللعان درء العقوبة الواجبة بالقذف ونفى النسب لما يلحقه من الضرر بكل واحد منهما وليس ههنا واحد منهما وأما قطع الفراش فانه غير مقصود و يحصل له ذلك بالطلاق فلا يلاعن لاجله وان لم تعف الزوجة عن الحد أو التعزير ولم تطالب به فقد روى المزنى أنه ليس عليه أن يلاعن حتى تطلب المقذوفة حدها و روى فيمن قذف امرأته ثم جنت أنه اذا التعن سقط الحد فمن أصحابنا من قال لايلاعن لانه لاحاجة به الى اللعان قبل الطلب وقال أبو اسحق له أن يلاعن لان الحد قد وجب عليه فجاز أن يسقطه من غير طلب كما يجوز أن يقضى الدين المؤجل قبل الطلب وقوله ليس عليه أن يلتعن لايمنع الجواز وانما يمنع الوجوب

﴿فصل﴾ وان كانت الزوجة أمة أو ذمية أو صغيرة يوطأ مثلها فقذفها عزر وله أن يلاعن لدرء التعزير لانه تعزير قذف وان كانت صغيرة لايوطأ مثلها فقذفها عزر ولا يلاعن لدرء التعزير لانه ليس بتعزير قذف وانما هو تعزير على الكذب لحق الله تعالى وان قذف زوجته ولم يلاعن فحد فى قذفها ثم قذفها بالزنا الذى رماها به عزر ولا يلاعن لدرء التعزير لأنه تعزير لدفع الأذى لانا قد حددناه للقذف فان ثبت بالبينة أو بالاقرار أنها زانية ثم قذفها فقد روى المزنى أنه لايلاعن لدرء التعزير وروى الربيع أنه يلاعن لدرء التعزير واختلف أصحابنا فيه على طريقين فقال أبو اسحق المذهب مارواه المزنى وما رواه الربيع من تخريجه لان اللعان جعل لتحقيق الزنا وقد تحقق زناها بالاقرار أو البينة ولان القصد باللعان اسقاط ما يجب بالقذف والتعزير ههنا على الشتم لحق الله تعالى لا على القذف لانه بالقذف لم يلحقها معرة وقال أبو الحسن ابن القطان وأبو القاسم الداركى هى على قولين أحدهما لايلاعن لما ذكرناه والثانى يلاعن لانه اذا جاز أن يلاعن لدرء التعزير فيمن لم يثبت زناها فلان يلاعن فيمن ثبت زناها أولى

(قوله درء العقوبة) هو دفعها وازالتها ومنه الحديث ادرءوا الحدود ما استطعتم قال الله تعالى ويدرءون بالحسنة السيئة أى يدفعونها. وقوله فادّارأتم فيها أى تدافعتم وتداريتم. والمدارأة بالهمز المدافعة قال

تقول اذا درأت لها وضينى * أهذا دينه أبدا ودينى

والمداراة بغير همز الملاينة والاخذ بالرفق وهى أيضا المخاتلة يقال داريته اذا لاينته ودريته اذا ختلته ومنه قوله

فان كنت لاأدرى الظباء فاننى * أدس لها تحت التراب الدواهيا

﴿ باب ما يلحق من النسب وما لا يلحق وما يجوز نفيه باللعان وما لا يجوز ﴾

اذا تزوج امرأة وهو ممن يولد لمثله وأمكن اجتماعهما على الوطء وأتت بولد لمدة يمكن أن يكون الحمل فيها لحقه فى الظاهر لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش ولان مع وجود هذه الشروط يمكن أن يكون الولد منه وليس ههنا ما يعارضه ولا ما يسقطه فوجب أن يلحق به

﴿ فصل ﴾ وان كان الزوج صغيرا لا يولد لمثله لم يلحقه لانه لا يمكن أن يكون منه و ينتفى عنه من غير لعان لان اللعان يمين واليمين جعلت لتحقيق ما يجوز أن يكون و يجوز أن لا يكون فيتحقق باليمين أحد الجائزين وههنا لا يجوز أن يكون الولد له فلا يحتاج فى نفيه الى اللعان واختلف أصحابنا فى السن التى يجوز أن يولد له فمنهم من قال يجوز أن يولد له بعد عشر سنين ولا يجوز أن يولد له قبل ذلك وهو ظاهر النص والدليل عليه قوله ﷺ مروهم بالصلاة وهم أبناء سبع واضربوهم عليها وهم أبناء عشر وفرقوا بينهم فى المضاجع ومنهم من قال يجوز أن يولد له بعد تسع سنين ولا يجوز أن يولد له قبله لان المرأة تحيض لتسع سنين فجاز أن يحتلم الغلام لتسع وما قاله الشافعى رحمه الله أراد على سبيل التقريب لانه لا بد أن يمضى بعد التسع امكان الوطء وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر وذلك قريب من العشرة وان كان الزوج مجبوبا فقد روى المزنى أن له أن يلاعن وروى الربيع أنه ينتفى من غير لعان واختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق ان كان مقطوع الذكر والأنثيين انتفى من غير لعان لانه يستحيل أن ينزل مع قطعهما وان قطع أحدهما لحقه ولا ينتفى الا بلعان لانه اذا بقى الذكر أولج وأنزل وان بقى الأنثيان ساحق وأنزل وحمل الروايتين على هذين الحالين وقال القاضى أبو حامد فى أصل الذكر ثقبتان أحدهما للبول والأخرى للمنى فاذا انسدت ثقبة المنى انتفى الولد من غير لعان لانه يستحيل الانزال وان لم تنسد لم ينتف الا باللعان لانه يمكن الانزال وحمل الروايتين على هذين الحالين

﴿ فصل ﴾ وان لم يمكن اجتماعهما على الوطء بأن تزوجها وطلقها عقيب العقد أو كانت بينهما مسافة لا يمكن معها الاجتماع انتفى الولد من غير لعان لانه لا يمكن أن يكون منه

﴿ فصل ﴾ وان أتت بولد لدون ستة أشهر من وقت العقد انتفى عنه من غير لعان لانا نعلم أنها علقت به قبل حدوث الفراش وان دخل بها ثم طلقها وهى حامل فوضعت الحمل ثم أتت بولد آخر لستة أشهر لم يلحقه وانتفى عنه من غير لعان لانا قطعنا ببراءة رحمها بوضع الحمل وأن هذا الولد الآخر علقت به بعد زوال الفراش وان طلقها وهى غير حامل واعتدت بالأقراء ثم وضعت ولدا قبل أن تتزوج بغيره لدون ستة أشهر لحقه لانا تيقنا أن عدتها لم تنقض وان أتت به لستة أشهر أو أربع سنين أو ما بينهما لحقه وقال أبو العباس ابن سريج لا يلحقه لأنا حكمنا بانقضاء العدة وإباحتها للازواج وما حكم به يجوز نقضه لامر محتمل وهذا خطأ لانه يمكن أن يكون منه والنسب اذا أمكن اثباته لم يجز نفيه ولهذا اذا أتت بولد بعد العقد لستة أشهر لحقه وان كان الأصل عدم الوطء و براءة الرحم فان وضعته لأكثر من أربع سنين نظرت فان كان الطلاق بائنا انتفى عنه بغير لعان لان العلوق حادث بعد زوال الفراش وان كان رجعيا ففيه قولان أحدهما ينتفى عنه بغير لعان لأنها حرمت عليه بالطلاق تحريم المبتوتة فصار كما لو طلقها طلاقا بائنا والقول الثانى يلحقه لانها فى حكم الزوجات فى السكنى والنفقة والطلاق والظهار والايلاء فاذا قلنا بهذا فالى متى يلحقه ولدها فيه وجهان قال أبو اسحق يلحقه أبدا لان العدة يجوز أن تمتد لان أكثر الطهر لا حد له ومن أصحابنا من قال يلحقه الى أربع سنين من وقت انقضاء العدة وهو الصحيح لان العدة اذا انقضت بانت وصارت كالمبتوتة

﴿ فصل ﴾ وان كانت له زوجة يلحقه ولدها ووطئها رجل بالشبهة وادعى الزوج أن الولد من الواطئ عرض معهما على القافة ولا يلاعن لنفيه لانه يمكن نفيه بغير لعان وهو القافة فلا يجوز نفيه باللعان فان لم تكن قافة أو كانت وأشكل عليها ترك حتى يبلغ السن الذى ينتسب فيه الى أحدهما فان بلغ وانتسب الى الواطئ بشبهة انتفى عن الزوج بغير لعان وان انتسب الى الزوج لم ينتف عنه الا باللعان لانه لا يمكن نفيه بغير اللعان فجاز نفيه باللعان وان قال زنى بك فلان وأنت مكرهة والولد منه ففيه قولان أحدهما لا يلاعن

﴿ ومن باب ما يلحق من النسب وما لا يلحق وما يجوز نفيه باللعان وما لا يجوز ﴾

(قوله يستحيل أن ينزل) هو ههنا بمعنى الحال الذى لا يتصور ولا تثبت له حقيقة

لنفيه لان أحدهما ليس بزان فلم يلاعن لنفي الولد كما لو وطئها رجل بشبهة وهي زانية والثاني أن له أن يلاعن وهو الصحيح لانه نسب يلحقه من غير رضاه لا يمكن نفيه بغير اللعان فجاز نفيه باللعان كما لو كانا زانيين

﴿فصل﴾ وان أتت امرأته بولد فادعى الزوج أنه من زوج قبله وكان لها زوج قبله نظرت فان وضعته لأربع سنين فما دونها من طلاق الاول ولدون ستة أشهر من عقد الزوج الثاني فهو للاول لانه يمكن أن يكون منه و ينتفي عن الزوج بغير لعان لانه لا يمكن أن يكون منه وان وضعته لأكثر من أربع سنين من طلاق الاول ولأقل من ستة أشهر من عقد الزوج الثاني انتفى عنهما لانه لا يمكن أن يكون من واحد منهما وان وضعته لأربع سنين فما دونها من طلاق الاول ولستة أشهر فصاعدا من عقد الزوج الثاني عرض على القافة لانه يمكن أن يكون من كل واحد منهما فان ألحقته بالاول لحق به وانتفى عن الزوج بغير لعان وان ألحقته بالزوج لحق به ولا ينتفي عنه الا باللعان وان لم تكن قافة أو كانت وأشكل عليها ترك الى أن يبلغ وقت الانتساب فان انتسب الى الاول انتفى عن الزوج بغير لعان وان انتسب الى الزوج لم ينتف عنه الا باللعان وان لم يعرف وقت طلاق الاول ووقت نكاح الزوج فالقول قول الزوج مع يمينه انه لا يعلم أنها ولدته على فراشه لان الأصل عدم الولادة وانتفاء النسب فان حلف سقطت دعواها وانتفى النسب بغير لعان لانه لم يثبت ولادته على فراشه وان نكل رددنا اليمين عليها وان حلفت لحق النسب بالزوج ولا ينتفي الا باللعان لانه ثبتت ولادته على فراشه وان نكلت فهل توقف اليمين الى أن يبلغ الصبي فيحلف و يثبت نسبه فيه وجهان بناء على القولين في رد اليمين على الجارية المرهونة اذا أحبلها الراهن وادعى أن المرتهن أذن له في وطئها وأنكر المرتهن ونكلا جميعا عن اليمين أحدهما لا ترد اليمين لان اليمين حق للزوجة وقد أسقطته بالنكول فلم يثبت لغيرها والثاني ترد لانه يتعلق بيمينها حقها وحق الولد فاذا أسقطت حقها لم يسقط حق الولد

﴿فصل﴾ وان جاءت امرأة ومعها ولد وادعت أنه ولدها منه وقال الزوج ليس هذا مني ولا هو منك بل هو لقيط أو مستعار لم يقبل قولها أنه منها من غير بينة لان الولادة يمكن اقامة البينة عليها والأصل عدمها فلم يقبل قولها من غير بينة فان قلنا ان الولد يعرض مع الام على القافة في أحد الوجهين عرض على القافة فان ألحقته بالأم لحق بها وثبت نسبه من الزوج لانها أتت به على فراشه ولا ينتفي عنه الا باللعان وان قلنا ان الولد لا يعرض مع الأم على القافة أو لم تكن قافة أو كانت وأشكل عليها فالقول قول الزوج مع يمينه انه لا يعلم أنها ولدته على فراشه فاذا حلف انتفى النسب من غير لعان لانه لم تثبت ولادته على فراشه وان نكل رددنا اليمين عليها فان حلفت لحقه نسبه ولا ينتفي عنه الا باللعان وان نكلت فهل توقف اليمين على بلوغ الولد ليحلف على ما ذكرناه من الوجهين في الفصل قبله

﴿فصل﴾ اذا تزوج امرأة وهي وهو ممن يولد لمثله ووطئها ولم يشاركه أحد في وطئها بشبهة ولا غيرها وأتت بولد لستة أشهر فصاعدا لحقه نسبه ولا يحل له نفيه لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حين نزلت آية الملاعنة أيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله عنه وفضحه الله على رءوس الأولين والآخرين وان أتت امرأته بولد يلحقه في الظاهر بحكم الامكان وهو يعلم أنه لم يصبها وجب عليه نفيه باللعان لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله تعالى جنته فلما حرم النبي صلى الله عليه وسلم على المرأة أن تدخل على قوم من ليس منهم دل على أن الرجل مثلها ولانه اذا لم ينفه جعل الأجنبي مناسبا له ومحرما له ولاولاده ومزاحما لهم في حقوقهم وهذا لا يجوز ولا يجوز أن يقذفها لجواز أن يكون من وطء شبهة أو من زوج قبله

﴿فصل﴾ وان وطئ زوجته ثم استبرأها بحيضة وطهرت ولم يطأها وزنت وأتت بولد لستة أشهر فصاعدا من وقت الزنا لزمه قذفها ونفي النسب لما ذكرناه وان وطئها في الطهر الذي زنت فيه فأتت بولد وغلب على ظنه أنه ليس منه بأن علم أنه كان يعزل منها أو رأى فيه شبها بالزاني لزمه نفيه باللعان وان لم يغلب على ظنه أنه ليس منه لم ينفه لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر

(قوله جحد ولده وهو ينظر اليه) أي يتحقق و يتيقن أنه ولده كأنه ينظر اليه بعينه

﴿فصل﴾ وان أتت امرأته بولد أسود وهما أبيضان أو بولد أبيض وهما أسودان ففيه وجهان أحدهما أن له أن ينفيه لما روى ابن عباس رضى الله عنه فى حديث هلال بن أمية أن النبى ﷺ قال ان جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذى رميت به فجاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فقال رسول الله ﷺ لولا الأيمان لكان لى ولها شأن فجعل الشبه دليلا على أنه ليس منه والثانى أنه لا يجوز نفيه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال جاء رجل الى النبى ﷺ من بنى فزارة فقال ان امرأتى جاءت بولد أسود ونحن أبيضان فقال هل لك من ابل قال نعم قال ما ألوانها قال حمر قال هل فيها من أورق قال ان فيها لورقا قال فأنى ترى ذلك قال عسى أن يكون نزعه عرق قال وهذا عسى أن يكون نزعه عرق

﴿فصل﴾ وان أتت امرأته بولد وكان يعزل عنها اذا وطئها لم يجز له نفيه لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أنه قال يارسول الله انا نصيب السبايا ونحب الاثمان أفنعزل عنهن فقال صلى الله عليه وسلم ان الله عز وجل اذا قضى خلق نسمة خلقها ولانه قد يسبق من الماء مالا يحس به فتعلق به وان أتت بولد وكان يجامعها فيما دون الفرج ففيه وجهان أحدهما لا يجوز له النفى لانه قد يسبق الماء الى الفرج فتعلق به والثانى أن له نفيه لان الولد من أحكام الوطء فلا يتعلق بما دونه كسائر الاحكام وان أتت بولد وكان يطؤها فى الدبر ففيه وجهان أحدهما لا يجوز له نفيه لانه قد يسبق من الماء الى الفرج ما تعلق به والثانى له نفيه لانه موضع لا يبتغى منه الولد

﴿فصل﴾ اذا قذف زوجته وانتفى عن الولد فان كان حملا فله أن يلاعن وينفى الولد لأن هلال بن أمية لاعن على نفى الحمل وله أن يؤخره الى أن تضع لانه يجوز أن يكون ريحا أو غلظا فيؤخر ليلاعن على يقين وان كان الولد منفصلا ففى وقت نفيه قولان أحدهما له الخيار فى نفيه ثلاثة أيام لانه قد يحتاج الى الفكر والنظر فيما يقدم عليه من النفى فجعل الثلاث حدا لانه قريب ولهذا قال الله عز وجل ياقوم هذه ناقة الله لكم آية فذروها تأكل فى أرض الله ولا تمسوها بسوء فيأخذكم عذاب قريب ثم فسر القريب بالثلاث فقال فقال تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مكذوب والثانى وهو المنصوص فى عامة الكتب أنه على الفور لانه خيار غير مؤبد لدفع الضرر فكان على الفور كخيار الرد بالعيب فان حضرت الصلاة فبدأ بها أو كان جائعا فبدأ بالأكل أو له مال غير محرز واشتغل باحرازه أو كان عادته الركوب واشتغل باسراج المركوب فهو على حقه من النفى لأنه تأخير لعذر وان كان محبوسا أو مريضا أو قيما على مريض أو غائبا لا يقدر على المسير وأشهد على النفى فهو على حقه وان لم يشهد مع القدرة على الاشهاد سقط حقه لأنه لما تعذر عليه الحضور للنفى أقيم الاشهاد مقامه الى أن يقدر كما أقيمت الفيئة باللسان مقام الوطء فى حق المولى اذا عجز عن الوطء الى أن يقدر

﴿فصل﴾ وان ادعى أنه لم يعلم بالولادة فان كان فى موضع لا يجوز أن يخفى عليه ذلك من طريق العادة بأن كان معها فى دار أو محلة صغيرة لم يقبل لأنه يدعى خلاف الظاهر وان كان فى موضع يجوز أن يخفى عليه كالبلد الكبير فالقول قوله مع يمينه لان ما يدعيه ظاهر وان قال علمت بالولادة الا انى لم أعلم ان لى النفى فان كان ممن يخالط أهل العلم لم يقبل قوله لانه يدعى خلاف الظاهر وان كان قريب عهد بالاسلام أو نشأ فى موضع بعيد من أهل العلم قبل قوله لان الظاهر أنه صادق فيما يدعيه وان كان فى بلد فيه أهل العلم

(قوله ان جاءت به أورق جعدا جماليا) الورقة السمرة. والاورق الاسمر ومنه قيل للرماد أورق وللحمامة ورقاء. وجعدا أى جعد الشعر وهو ضد السبط. وقال الهروى يكون مدحا وذما فالمدح بمعنيين أحدهما أن يكون معصوب الخلق شديد الاسر والثانى أن يكون شعرا جعدا. والذم بمعنيين أحدهما أن يكون قصيرا مترددا والثانى أن يكون نحيلا يقال رجل جعد اليدين وجعد الأصابع أى منقبضها. والجمالى بضم الجيم الضخم الاعضاء التام الاوصال. قالوا ناقة جمالية شبهت بالجمل عظما وشدة وبدانة قال

جمالية لم يبق سيرى ورحلتى * على ظهرها من نيها غير محفدى

وخدلج الساقين خفاق القدم. وخفاق بالقاف وهو الذى صدر قدمه عريض. وسابغ الاليتين يقال شىء سابغ أى كامل واف ومنه الدرع السابغة (قوله ان فيها لورقا) جمع ورقاء وهى الناقة يضرب بياضها الى السواد كلون الرماد. والاورق أطيب الابل عندهم لحما وليس بمحمود عندهم فى عمله وسيره

الا أنه من العامة ففيه وجهان أحدهما لا يقبل كما لا يقبل قوله اذا ادعى الجهل برد المبيع بالعيب والثانى يقبل لان هذا لا يعرفه الا الخواص من الناس بخلاف رد المبيع بالعيب فان ذلك يعرفه الخاص والعام

﴿ فصل ﴾ وان هنأه رجل بالولد فقال بارك الله لك فى مولودك وجعله الله لك خلفا مباركا وأمن على دعائه أوقال استجاب الله دعاءك سقط حقه من النفى لان ذلك يتضمن الاقرار به وان قال أحسن الله جزاءك أو بارك الله عليك أو رزقك الله مثله لم يسقط حقه من النفى لانه يحتمل أنه قال له ذلك ليقابل التحية بالتحية

﴿ فصل ﴾ وان كان الولد حملا فقال أخرت النفى حتى ينفصل ثم ألاعن على يقين فالقول قوله مع يمينه لانه تأخير لعذر يحتمله الحال وان قال أخرت لانى قلت لعله يموت فلا أحتاج الى اللعان سقط حقه من النفى لأنه ترك النفى من غير عذر

﴿ فصل ﴾ اذا أتت امرأته بولدين توأمين وانتفى عن أحدهما وأقر بالآخر أو ترك نفيه من غير عذر لحقه الولدان لانهما حمل واحد فلا يجوز أن يلحقه أحدهما دون الآخر وجعلنا ما انتفى منه تابعا لما أقر به ولم نجعل ما أقر به تابعا لما انتفى منه لان النسب يحتاط لاثباته ولا يحتاط لنفيه ولهذا اذا أتت بولد يمكن أن يكون منه ويمكن أن لا يكون منه ألحقناه به احتياطا لاثباته ولم تنفه احتياطا لنفيه وان أتت بولد فنفاه باللعان ثم أتت بولد آخر لاقل من ستة أشهر من ولادة الأول لم ينتف الثانى من غير اللعان لان اللعان يتناول الأول فان نفاه باللعان انتفى وان أقر به أو ترك نفيه من غير عذر لحقه الولدان لانهما حمل واحد وجعلنا ما نفاه تابعا لما لحقه ولم نجعل ما لحقه تابعا لما نفاه لما ذكرناه فى التوأمين وان أتت بالولد الثانى لستة أشهر من ولادة الأول انتفى بغير لعان لانها علقت به بعد زوال الفراش

﴿ فصل ﴾ وان لاعنها على حمل فولدت ولدين بينهما دون ستة أشهر لم يلحقه واحد منهما لأنهما كانا موجودين عند اللعان فانتفيا به وان كان بينهما أكثر من ستة أشهر انتفى الأول باللعان وانتفى الثانى بغير لعان لانا تيقنا بوضع الأول براءة رحمها منه وأنها علقت بالثانى بعد زوال الفراش

﴿ فصل ﴾ وان قذف امرأته بزنا أضافه الى ما قبل النكاح فان لم يكن نسب لم يلاعن لاسقاط الحد لأنه قذف غير محتاج اليه فلم يجز تحقيقه باللعان كقذف الاجنبية وان كان هناك نسب يلحقه ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق أنه لا يلاعن لأنه قذف غير محتاج اليه لأنه كان يمكنه ان يطلق ولا يضيفه الى ما قبل العقد والثانى وهو قول أبى على ابن أبى هريرة أن له أن يلاعن لأنه نسب يلحقه من غير رضاه لا ينتفى بغير لعان فجاز له نفيه باللعان

﴿ فصل ﴾ وان أبانها ثم قذفها بزنا أضافه الى حال النكاح فان لم يكن نسب لم يلاعن لدرء الحد لانه قذف غير محتاج اليه وان كان هناك نسب فان كان ولدا منفصلا فله أن يلاعن لنفيه لأنه يحتاج الى نفيه باللعان وان كان حملا فقد روى المزنى فى المختصر أن له أن ينفيه وروى فى الجامع أنه لا يلاعن حتى ينفصل الحمل واختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق لا يلاعن قولا واحدا وما رواه المزنى فى المختصر أراد اذا انفصل وقد بين فى الام فانه قال لا يلاعن حتى ينفصل ووجهه أن الحمل غير متحقق لجواز أن يكون ريحا فينفش ويخالف اذا قذفها فى حال الزوجية لان هناك يلاعن لدرء الحد فتبعه نفى الحمل وههنا ينفرد الحمل باللعان فلم يجز قبل أن يتحقق ومن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما لا يلاعن حتى ينفصل لما ذكرناه والثانى يلاعن وهو الصحيح لأن الحمل موجود فى الظاهر ومحكوم بوجوده ولهذا أمر بأخذ الحامل فى الديات ومنع من أخذها فى الزكاة ومنعت الحامل اذا طلقت أن تتزوج حتى تضع وهذه الطريقة هى الصحيحة لأن الشافعى رحمه الله نص فى مثلها على قولين وهى فى نفقة المطلقة الحامل فقال فيها قولان أحدهما تجب لها النفقة يوما بيوم والثانى لا تجب حتى ينفصل

﴿ فصل ﴾ وان قذف امرأته وانتفى عن حملها وأقام على الزنا بينة سقط عنه الحد بالبينة وهل له أن يلاعن لنفى الحمل قبل أن ينفصل على ما ذكرنا من الطريقين فى الفصل قبله

(قوله خلفا مباركا) الخلف ما جاء بعد. يقال خلف سوء من أبيه بالاسكان وخلف صدق بالتحريك اذا قام مقامه. وقال الاخفش هما سواء منهم من يحرك خلف صدق ويسكن الآخر يريد الفرق بينهما (قوله ليقابل التحية بالتحية) هى ههنا الدعاء أى يقابل الدعاء بالدعاء وهى تفعلة من الحياة

﴿ فصل ﴾ وان قذف امرأته فى نكاح فاسد فان لم يكن نسب لم يلاعن لدرء الحد لأنه قذف غير محتاج اليه وان كان هناك نسب فان كان ولدا منفصلا فله أن يلاعن لنفيه لانه ولد يلحقه بغير رضاه لا ينتفى عنه بغير اللعان فجاز نفيه باللعان كالولد فى النكاح الصحيح وان كان حملا فعلى ما ذكرناه من الطريقين

﴿ فصل ﴾ وان ملك أمة لم تصر فراشا بنفس الملك لأنه قد يقصد بملكها الوطء وقد يقصد به التمول والخدمة والتجمل فلم تصر فراشا فان وطئها صارت فراشا له فان أتت بولد لمدة الحمل من يوم الوطء لحقه لأن سعدا نازع عبد بن زمعة فى ابن وليدة زمعة فقال عبد هو أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فقال النبى ﷺ هو لك الولد للفراش وللعاهر الحجر وروى ابن عمر رضى الله عنه أن عمر رضى الله عنه قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعزلونهن لا تأتينى وليدة يعترف سيدها انه ألم بها الا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا وان قذفها وانتفى عن ولدها فقد قال أحمد أما تعجبون من أبى عبد الله يقول بنفى ولد الامة باللعان فجعل أبو العباس هذا قولا ووجهه أنه كالنكاح فى لحوق النسب فكان كالنكاح فى النفى باللعان ومن أصحابنا من قال لا يلاعن لنفيه قولا واحدا لانه يمكنه نفيه بغير اللعان وهو بأن يدعى الاستبراء و يحلف عليه فلم يجز نفيه باللعان بخلاف النكاح فانه لا يمكنه نفى الولد فيه بغير لعان ولعل أحمد أراد بأبى عبد الله غير الشافعى رحمة الله عليهما

﴿ فصل ﴾ اذا قذف امرأته بزناءين وأراد اللعان كفاه لهما لعان واحد لانه فى أحد القولين يجب حد واحد فكفاه فى اسقاطه لعان واحد وفى القول الثانى يجب حدان الا أنهما حقان لواحد فاكتفى فيهما بلعان واحد كما يكتفى فى حقين لواحد بيمين واحد وان قذف أربع نسوة أفرد كل واحدة منهن بلعان لأنها أيمان فلم تتداخل فيها حقوق الجماعة كالأيمان فى المال وان قذفهن بكلمات بدأ بلعان من بدأ بقذفها لان حقها أسبق وان قذفهن بكلمة واحدة وتشاححن فى البداية أقرع بينهن فمن خرجت لها القرعة بدأ بلعانها وان بدأ بلعان احداهن من غير قرعة جاز لأن الباقيات يصلن الى حقوقهن من اللعان من غير نقصان

﴿ باب من يصح لعانه وكيف اللعان وما يوجبه من الاحكام ﴾

يصح اللعان من كل زوج بالغ عاقل مختار مسلما كان أو كافرا حرا كان أو عبدا لقوله عز وجل والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ولأن اللعان لدرء العقوبة الواجبة بالقذف ونفى النسب والكافر كالمسلم والعبد كالحر فى ذلك فأما الصبى والمجنون فلا يصح لعانهما لأنه قول يوجب الفرقة فلم يصح من الصبى والمجنون كالطلاق وأما الاخرس فانه ان لم يكن له اشارة معقولة ولا كتابة مفهومة لم يصح لعانه لأنه فى معنى المجنون وان كانت له اشارة معقولة أو كتابة مفهومة صح لعانه لأنه كالناطق فى نكاحه وطلاقه فكان كالناطق فى لعانه وأما من اعتقل لسانه فانه ان كان مأيوسا منه صح لعانه بالاشارة كالاخرس وان لم يكن مأيوسا منه ففيه وجهان أحدهما لا يصح لعانه لانه غير مأيوس من نطقه فلم يصح لعانه بالاشارة كالساكت والثانى يصح لان أمامة بنت أبى العاص رضى الله عنها أصمتت فقيل لها ألفلان كذا ولفلان كذا فأشارت أى نعم فرفع ذلك فرؤيت انها وصية ولأنه عاجز عن النطق يصح لعانه بالاشارة كالاخرس

﴿ فصل ﴾ وان كان أعجميا فان كان يحسن بالعربية ففيه وجهان أحدهما يصح لعانه بلسانه لانه يمين فصح بالعجمية مع القدرة على العربية كسائر الأيمان والثانى لا يصح لأن الشرع ورد فيه بالعربية فلم يصح بغيرها مع القدرة كأذكار الصلاة فان لم يحسن بالعربية لاعن بلسانه لأنه ليس بأكثر من أذكار الصلاة وأذكار الصلاة تجوز بلسانه اذا لم يحسن بالعربية فكذلك اللعان وان كان الحاكم لا يعرف لسانه أحضر من يترجم عنه وفى عدده وجهان بناء على القولين فى الشهادة على الاقرار بالزنا أحدهما

(قوله ابن وليدة زمعة) الوليدة الجارية وجمعها ولائد والوليد العبد (قوله وللعاهر الحجر) العاهر الزانى ومعناه لاشىء له، كما يقال له الحجر اذا قصد تكذيبه (قوله اعتقل لسانه) أى لم يقدر على الكلام مشتق من عقال البعير (قوله أصمتت) أصمت العليل فهو مصمت اذا اعتقل لسانه فلم ينطق (قوله يترجم عنه) أى يعبر عنه وهو الترجمان كأنه فارسى معرب. ويدرأ عنها العذاب والمعرة ذكرا

يحتاج الى أربعة والثانى يكفيه اثنان

﴿ فصل ﴾ ولا يصح اللعان الا بأمر الحاكم لانه يمين فى دعوى فلم يصح الا بأمر الحاكم كاليمين فى سائر الدعاوى فان كان الزوجان مملوكين جاز للسيد أن يلاعن بينهما لانه يجوز أن يقيم عليهما الحد فجاز أن يلاعن بينهما كالحاكم

﴿ فصل ﴾ واللعان هو أن يقول الزوج أربع مرات أشهد بالله انى لمن الصادقين ثم يقول وعلى لعنة الله ان كنت من الكاذبين وتقول المرأة أربع مرات أشهد بالله انه لمن الكاذبين ثم تقول وعلى غضب الله ان كان من الصادقين والدليل عليه قوله عز وجل والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين فان أخل أحدهما بأحد هذه الألفاظ الخمسة لم يعتد به لأن الله عز وجل علق الحكم على هذه الألفاظ فدل على أنه لا يتعلق بما دونها ولانه بينة يتحقق بها الزنا فلم يجز النقصان عن عددها كالشهادة وان أبدل لفظ الشهادة بلفظ من ألفاظ اليمين بأن قال أحلف أو أقسم أو أولى ففيه وجهان أحدهما يجوز لأن اللعان يمين فجاز بألفاظ اليمين والثانى أنه لا يجوز لأنه أخل باللفظ المنصوص عليه وان أبدل لفظ اللعنة بالابعاد أو لفظ الغضب بالسخط ففيه وجهان أحدهما يجوز لأن معنى الجميع واحد والثانى لا يجوز لأنه ترك المنصوص عليه وان أبدلت المرأة لفظ الغضب بلفظ اللعنة لم يجز لأن الغضب أغلظ ولهذا خصت المرأة به لأن المعرة بزناها أقبح وإثمها بفعل الزنا أعظم من اثمه بالقذف وان أبدل الرجل لفظ اللعنة بلفظ الغضب ففيه وجهان أحدهما يجوز لأن الغضب أغلظ والثانى لا يجوز لأنه ترك المنصوص عليه وان قدم الرجل لفظ اللعنة على لفظ الشهادة أو قدمت المرأة لفظ الغضب على لفظ الشهادة ففيه وجهان أحدهما يجوز لأن القصد منه التغليظ وذلك يحصل مع التقديم والثانى لا يجوز لأنه ترك المنصوص عليه

﴿ فصل ﴾ والمستحب أن يكون اللعان بحضرة جماعة لأن ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد رضى الله عنهم حضروا اللعان بحضرة النبى ﷺ على حداثة سنهم والصبيان لا يحضرون المجالس الا تابعين للرجال فدل على أنه قد حضر جماعة من الرجال فتبعهم الصبيان ولأن اللعان بنى على التغليظ للردع والزجر وفعله فى الجماعة أبلغ فى الردع والمستحب أن يكونوا أربعة لأن اللعان سبب للحد ولا يثبت الحد الا بأربعة فيستحب أن يحضر ذلك العدد ويستحب أن يكون بعد العصر لأن اليمين فيه أغلظ والدليل عليه قوله عز وجل تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله قيل هو بعد العصر وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر اليهم ولهم عذاب أليم رجل حلف يمينا على مال مسلم فاقتطعه ورجل حلف يمينا بعد صلاة العصر لقد أعطى بسلعته أكثر مما أعطى وهو كاذب ورجل منع فضل الماء فان الله عز وجل يقول اليوم أمنعك فضلى كما منعت فضل ماء لم تعمله يداك ويستحب ان يتلاعنا من قيام لما روى ابن عباس رضى الله عنه فى حديث هلال بن أمية فأرسل اليهما فجا آ فقام هلال فشهد ثم قامت فشهدت ولأن فعله من قيام أبلغ فى الردع واختلف قوله فى التغليظ بالمكان فقال فى أحد القولين انه يجب لانه تغليظ ورد به الشرع فأشبه التغليظ بتكرار اللفظ وقال فى الآخر يستحب كالتغليظ فى الجماعة والزمان والتغليظ بالمكان أن يلاعن بينهما فى أشرف موضع من البلد الذى فيه اللعان فان كان بمكة لاعن بين الركن والمقام لأن اليمين فيه أغلظ والدليل عليه ما روى أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه رأى قوما يحلفون بين الركن والمقام فقال أعلى دم قالوا لا قال أفعلى عظيم من المال فقالوا لا فقال لقد خشيت أن يبهأ الناس بهذا المقام وان كان فى المدينة لاعن فى المسجد لانه أشرف البقاع بها وهل يكون على المنبر أو عند المنبر اختلفت الرواية فيه عن النبى ﷺ فروى أبو هريرة رضى الله عنه قال سمعت رسول الله

(قوله لان المعرة بزناها أقبح) المعرة ههنا العار والعيب وتكون الاثم أيضا . وقال الهروى المعرة الامر القبيح المكروه وقال العزيزى المعرة جناية كجناية العر وهو الجرب (قوله حلف يمينا على مال مسلم فاقتطعه) أى غصبه وملكه ومنه اقطاع السلطان . وفى الحديث اقطع الزبير حضر فرسه أى ملكه (قوله منع فضل الماء) الفضل الزيادة ومعناه ما زاد على حاجته . يقال فضل يفضل وفضل بالكسر يفضل بالضم ثلاث لغات وقدمضت (قوله لقد خشيت أن يبهأ الناس) أى

ﷺ يقول من حلف عند منبري على يمين آثمة ولو على سواك من رطب وجبت له النار وروى جابر رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال من حلف على منبري هذا بيمين آثمة تبوأ مقعده من النار فقال أبو اسحاق ان كان الخلق كثيرا لاعن على المنبر ليسمع الناس وان كان الخلق قليلا لاعن عند المنبر مما يلى قبر النبى ﷺ وقال أبو على ابن أبى هريرة لا يلاعن على المنبر لان ذلك علو وشرف والملاعن ليس فى موضع العلو والشرف وحمل قوله على منبري أى عند منبري لان حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض وان كان ببيت المقدس لاعن عند الصخرة لانها أشرف البقاع به وان كان فى غيرهما من البلاد لاعن فى الجامع وان كانت المرأة حائضا لاعنت على باب المسجد لانه أقرب الى الموضع الشريف وان كان يهوديا لاعن فى الكنيسة وان كان نصرانيا لاعن فى البيعة وان كان مجوسيا لاعن فى بيت النار لان هذه المواضع عندهم كالمساجد عندنا

﴿ فصل ﴾ واذا أراد اللعان فالمستحب للحاكم أن يعظهما لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى ﷺ ذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا فقال هلال والله لقد صدقت عليها فقالت كذب فقال رسول الله ﷺ لاعنوا بينهما وان كانت المرأة غير برزة بعث اليها الحاكم من يستوفى عليها اللعان ويستحب أن يبعث معه أربعة

﴿ فصل ﴾ ويبدأ بالزوج ويأمره أن يشهد لان الله تعالى بدأ به وبدأ به رسول الله ﷺ فى لعان هلال بن أمية ولان لعانه بينة لاثبات الحق ولعان المرأة بينة الانكار فقدمت بينة الاثبات فان بدأ بلعان المرأة لم يعتد به لان لعانها اسقاط الحد والحد لا يجب الا بلعان الزوج فلم يصح لعانها قبله والمستحب اذا بلغ الزوج الى كلمة اللعنة والمرأة الى كلمة الغضب أن يعظهما لما روى ابن عباس رضى الله عنه قال لما كان فى الخامسة قيل يا هلال اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه الموجبة التى توجب عليك العذاب فقال والله لا يعذبنى الله عليها كما لم يجلدنى عليها فشهد الخامسة فلما كانت الخامسة قيل لها اتقى الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه الموجبة التى توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا أفضح قومى فشهدت الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين ويستحب ان يأمر من يضع يده على فيه فى الخامسة لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى ﷺ أمر رجلا أن يضع يده على فيه عند الخامسة يقول انها موجبة

﴿ فصل ﴾ وان لاعن وهى غائبة لحيض أو موت قال أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميت به زوجتى فلانة ويرفع فى نسبها حتى تتميز وان كانت حاضرة ففيه وجهان أحدهما يجمع بين الاشارة والاسم لان مبنى اللعان على التأكيد ولهذا اتكرر فيه لفظ الشهادة وان حصل المقصود بمرة والثانى أنه تكفيه الاشارة لانها تتميز بالاشارة كما تتميز فى النكاح والطلاق

﴿ فصل ﴾ وان كان القذف بالزنا كرره فى الالفاظ الخمسة فان قذفها بزناءين ذكرهما فى الالفاظ الخمسة لانه قد يكون صادقا فى أحدهما دون الآخر فان سمى الزانى بها ذكره فى اللعان فى كل مرة لانه ألحق به المعرة فى افساد الفراش فكرره فى اللعان كالمرأة فان قذفها بالزنا وانتفى من الولد قال فى كل مرة وأن هذا الولد من زنا وليس منى فان قال هذا الولد ليس منى ولم يقل من زنا لم ينتف لانه يحتمل أن يريد أنه ليس منى فى الخلق أو الخلق وان قال هذا الولد من زنا ولم يقل وليس منى ففيه وجهان أحدهما وهو قول القاضى أبى حامد المروزى انه ينتفى منه لان ولد الزنا لا يلحق به والثانى وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى انه لا ينتفى لانه قد

يأنسوا به حتى تقل هيبته فى صدورهم فيستخفوا به ويحتقروه. يقال بهأت به أبهأ بهوءا اذا أنست به (قوله سواك من رطب) قال الجوهرى الرطب بالضم ساكنة الطاء الكلأ قال ذو الرمة

حتى اذا معمعان الصيف هب له ٭ بأجة نش عنها الماء والرطب

هو مثل عسر وعسر ويمين آثمة بمعنى مؤثمة فاعلة بمعنى مفعلة (قوله تبوأ مقعده من النار) أى لزمه وتمكن منه. والمباءة المنزل الملزوم يقال بوأت فلانا منزلا أى أنزلته (قوله حروف الصفات) هى حروف الجر سميت بذلك لانها توصف بها النكرات. وقد ذكرنا أن الكنيسة مسجد اليهود والبيعة مسجد النصارى (قوله ذكرهما) أى وعظهما قال الله تعالى وذكر فان الذكرى تنفع المؤمنين. وسمى الواعظ المذكر وكذا المؤذن وأصله من الذكر ضد النسيان (قوله غير برزة) البرزة التى لا تحتجب وتبرز أى تظهر. والبروز الظهور ومنه: وترى الارض بارزة (قوله فتلكأت) أى توقفت يقال تلكأ عن الامر تلكأ تباطأ عنه وتوقف (قوله ويرفع فى نسبها حتى تتميز) يريد يذكر أجدادها الذين تنسب اليهم من رفعت الحديث اذا

يعتقد أن الوطء فى النكاح بلا ولى زنا على قول أبى بكر الصيرفى فوجب أن يذكر أنه ليس منى لينتفى الاحتمال

﴿ فصل ﴾ واذا لاعن الزوج سقط عنه ما وجب بقذفه من الحد أو التعزير والدليل عليه ما روى عبد الله بن عباس رضى الله عنه أن هلال بن أمية قذف امرأته فقال رسول الله ﷺ البينة أو حد فى ظهرك فقال هلال والذى بعثك بالحق انى لصادق ولينزلن الله فى أمرى ما يبرئ ظهرى من الحد فنزلت والذين يرمون أزواجهم فسرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا فقال هلال قد كنت أرجو ذلك من ربى عز وجل وان قذفها برجل فسماه فى اللعان سقط عنه حده لانه سماه فى اللعان فسقط حده كالمرأة فان لم يسمه فى اللعان ففيه قولان أحدهما يسقط حده لأنه أحد الزانيين فسقط حده باللعان كالزوجة والثانى لا يسقط حده لأنه لم يسمه فى اللعان فلم يسقط حده كالزوجة اذا لم يسمها فعلى هذا اذا أراد اسقاط حده استأنف اللعان وذكره وأعاد ذكر الزوجة

﴿ فصل ﴾ وان نفى باللعان نسب ولد انتفى عنه لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رجلا لاعن امرأته فى زمان رسول الله ﷺ وانتفى عن ولدها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة فان لم يذكر النسب فى اللعان أعاد اللعان لأنه لم ينتف باللعان الأول

﴿ فصل ﴾ ويجب على المرأة حد الزنا لأنه بينة حقق بها الزنا عليها فلزمها الحد كالشهادة ولا يجب على الرجل الذى رماها به حد الزنا لأنه لا يصح منه درء الحد باللعان فلم يجب عليه الحد باللعان

﴿ فصل ﴾ وان كان اللعان فى نكاح صحيح وقعت الفرقة لحديث ابن عمر رضى الله عنه وحرمت عليه على التأبيد لما روى سهل بن سعد الساعدى رضى الله عنه قال مضت السنة فى المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا فان كان اللعان فى نكاح فاسد أو كان اللعان بعد البينونة فى زنا أضافه الى حال الزوجية فهل تحرم المرأة على التأبيد فيه وجهان أحدهما تحرم وهو الصحيح لأن ما أوجب تحريما مؤبدا اذا كان فى نكاح أوجبه وان لم يكن فى نكاح كالرضاع والثانى لا يحرم لان التحريم تابع للفرقة ولم يقع بهذا اللعان فرقة فلم يثبت به تحريم

﴿ فصل ﴾ وللمرأة أن تدرأ حد الزنا عنها باللعان لقوله عز وجل ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ولا تذكر المرأة النسب فى اللعان لأنه لا مدخل لها فى اثبات النسب ولا فى نفيه

﴿ فصل ﴾ اذا لاعن الزوج ثم أكذب نفسه وجب عليه حد القذف ان كانت المرأة محصنة أو التعزير ان لم تكن محصنة ولحقه النسب لأن ذلك حق عليه فعاد بتكذيبه ولا يعود الفراش ولا يرتفع التحريم لأنه حق له فلا يعود بتكذيبه نفسه وان لاعنت المرأة ثم أكذبت نفسها وجب عليها حد الزنا لأنه لا يتعلق بلعانها أكثر من سقوط حق الزنا وهو حق عليها فعاد باكذابها

﴿ فصل ﴾ وان مات الزوج قبل اللعان وقعت الفرقة بالموت وورثته الزوجة لأن الزوجية بقيت الى الموت فان كان هناك ولد ورثه لأنه مات قبل نفيه وما وجب عليه من الحد أو التعزير بقذفها سقط بموته لأنه اختص ببدنه وقد فات وان ماتت الزوجة قبل لعان الزوج وقعت الفرقة بالموت وورثها الزوج لأن الزوجية بقيت الى الموت وان كان هناك ولد فله أن يلاعن لنفيه لان الحاجة داعية الى نفيه فان طالبه ورثتها بحد القذف لاعن لاسقاطه ولا يسقط من الحد لو لم يلاعن شئ لحقه من الارث كما يسقط ما له عليه من القصاص لأن القصاص ثبت مشتركا بين الورثة فاذا سقط ما يخصه بالارث سقط الباقى وحد القذف يثبت جميعه لكل واحد من الورثة ولهذا لو عفا بعضهم عن حقه كان للباقين أن يستوفوا الجميع فان مات الولد قبل أن ينفيه باللعان جاز له نفيه باللعان لانه يلحقه نسبه بعد الموت فجاز له نفيه واذا نفاه لم يرثه لانا تبينا باللعان أنه لم يكن ابنه

﴿ فصل ﴾ اذا قذف امرأته وامتنع من اللعان فضرب بعض الحد ثم قال أنا لاعن سمع اللعان وسقط ما بقى من الحد وكذلك

أسندته (قوله فسرى عن رسول الله ﷺ) أى كشف. وانسرى الهم عنه مثله. ومنه الحديث الآخر فاذا امطرت يعنى السحابة سرى عنه أى كشف عنه الخوف (قوله فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا) الفرج بالتحريك زوال الغم يقال فرج الله غمه تفريجا وكذلك فرج الله عنك غمك يفرج بالكسر والتخفيف. ومخرجا مما دخل عليك من شدة و بلاء

اذا نكلت المرأة عن اللعان فضربت بعض الحد ثم قالت أنا الاعن سمع اللعان وسقط بقية الحد لان ما أسقط جميع الحد أسقط بعضه كالبينة

﴿فصل﴾ اذا قذفها ثم تلاعنا ثم قذفها نظرت فان كان بالزنا الذى تلاعنا عليه لم يجب عليه حد لان اللعان فى حقه كالبينة ولو أقام البينة على القذف ثم أعاد القذف لم يجب الحد فكذلك اذا لاعن وان قذفها بزنا آخر ففيه وجهان أحدهما انه لا يجب الحد لان اللعان فى حقه كالبينة ثم بالبينة يبطل احصانها فكذلك فى اللعان والثانى يجب عليه الحد لان اللعان لا يسقط الا ما يجب بالقذف فى الزوجية لحاجته الى قذف الزوجة وقد زالت الزوجية باللعان فزالت الحاجة الى القذف فلزمه الحد وان تلاعنا ثم قذفها أجنبي حد لان اللعان حجة يختص بها الزوج فلا يسقط به الحد عن الاجنبي فان قذفها ولاعنها و نكلت عن اللعان فحدت فقد اختلف أصحابنا فيها فقال أبو العباس لا يرتفع احصانها الا فى حق الزوج فان قذفها أجنبي وجب عليه الحد لان اللعان حجة اختص بها الزوج فلا يبطل به الاحصان الا فى حقه وقال أبو اسحق يرتفع احصانها فى حق الزوج والاجنبي فلا يجب على واحد منهما الحد بقذفها لانها محدودة فى الزنا فلم يحد قاذفها كما لو حدت بالاقرار أو البينة

كتاب الايمان

باب من تصح يمينه وما تصح به اليمين

تصح اليمين من كل مكلف مختار قاصد الى اليمين لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وأما غير المكلف كالصبي والمجنون والنائم فلا تصح يمينه لقوله ﷺ رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولأنه قول يتعلق به وجوب حق فلا يصح من غير مكلف كالبيع وفيمن زال عقله بالسكر طريقان على ما ذكرناه فى الطلاق وأما المكره فلا تصح يمينه لما روى واثلة بن الاسقع وأبو امامة رضى الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال ليس على مقهور يمين ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح كما لو أكره على كلمة الكفر وأما من لا يقصد اليمين وهو الذى يسبق لسانه الى اليمين أو أراد اليمين على شىء فسبق لسانه الى غيره فلا تصح يمينه لقوله عز وجل لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم وروى عن ابن عمر وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم أنهم قالوا هو قول الرجل لا والله و بلى والله ولان ما سبق اليه اللسان من غير قصد لا يؤاخذ به كما لو سبق لسانه الى كلمة الكفر

﴿فصل﴾ و يصح اليمين على الماضى والمستقبل فان حلف على ماض وهو صادق فلا شىء عليه لأن النبى ﷺ جعل اليمين على المدعى عليه ولا يجوز أن يجعل اليمين عليه الا وهو صادق فدل على أنه يجوز أن يحلف على ما هو صادق فيه وروى محمد بن كعب القرظى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال وهو على المنبر وفى يده عصا يا أيها الناس لا يمنعكم اليمين عن أخذ حقوقكم فو الذى نفسى بيده ان فى يدى عصا وان كان كاذبا وهو أن يحلف على أمر انه كان ولم يكن أو على أمر انه لم يكن وكان أثم بذلك وهى اليمين الغموس والدليل عليه ما روى عن الشعبى رضى الله عنه عن عبد الله بن عمر قال جاء أعرابى الى النبى ﷺ فقال يا رسول الله ما الكبائر قال الشرك بالله قال ثم ماذا قال عقوق الوالدين قال ثم ماذا قال اليمين الغموس قيل للشعبى ما اليمين الغموس قال الذى يقتطع بها مال امرىء مسلم وهو فيها كاذب وروى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال قال رسول الله

﴿ومن كتاب الأيمان﴾

أصل اليمين مأخوذ من يمين الانسان وهى ضد يساره لأنهم كانوا اذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم بيمينه يمين صاحبه ولان الحالف يشير بيمينه الى الشىء المحلوف عليه. وقد ذكرنا المكلف والتكليف (قوله لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم) يقال لغا يلغو و يلغا ولغا يلغا اذا تكلم بما لا حقيقة له ولا قصد له فيه وقد ذكر. وفى التفسير هو ما يسبق اليه اللسان من غير قصد كقولهم لا والله و بلى والله. قال الازهرى اللغو فى كلام العرب على وجهين أحدهما فضول الكلام و باطله الذى يجرى على غير عقد والثانى ما كان فيه رفث وفحش ومأثم وقال قتادة فى قوله تعالى: لا تسمع فيها لاغية أى لا تسمع مأثما. ولكن يؤاخذكم بما عقدتم يشدد للتكثير (قوله اليمين الغموس) مفسرة. وقال الجوهرى هى التى تغمس صاحبها فى الاثم ثم فى النار. و يقتطع بها يملك وقد ذكر

ﷺ من حلف على يمين وهو فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم لقى الله عز وجل وهو عليه غضبان وان كان على مستقبل نظرت فان كان على أمر مباح ففيه وجهان أحدهما الاولى أن لا يحنث لقوله عز وجل ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها والثانى أن الاولى أن يحنث لقوله عز وجل لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم فان حلف على فعل مكروه أو ترك مستحب فالاولى أن يحنث لما روت أم سلمة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه ثم ليفعل الذى هو خير

(فصل) وتكره اليمين بغير الله عز وجل فان حلف بغيره كالنبي والكعبة والآباء والاجداد لم تنعقد يمينه لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ من كان حالفا فلا يحلف الا بالله تعالى وروى عن عمر رضى الله عنه قال سمعنى رسول الله ﷺ أحلف بأبى فقال ان الله عز وجل ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فقال عمر رضى الله عنه والله ما حلفت بها ذاكرا ولا آثرا وان قال ان فعلت كذا وكذا فأنا يهودى أو نصرانى أو أنا برىء من الله أو من الاسلام لم ينعقد يمينه لما روى بريدة أن رسول الله ﷺ قال من حلف أنه برىء من الاسلام فان كان كاذبا فقد قال وان كان صادقا فلم يرجع الى الاسلام سالما ولانه يمين بمحدث فلم ينعقد كاليمين بالمخلوقات

(فصل) وتجوز اليمين بأسماء الله وصفاته فان حلف من أسمائه بالله انعقدت يمينه لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال والله لأغزون قريشا والله لأغزون قريشا والله لأغزون قريشا ثم قال ان شاء الله وان حلف بالرحمن أو بالاله أو بخالق الخلق أو ببارئ النسمة أو بالحى القيوم أو بالحى الذى لا يموت أو برب السموات والأرضين أو بمالك يوم الدين أو برب العالمين وما أشبه ذلك من الأسماء التى لا يشاركه فيها أحد انعقدت يمينه لانه لا يسمى بها غيره ولا يوصف بها سواه فصار كما لو قال والله فان حلف بالرحيم والرب والقادر والقاهر والملك والجبار والخالق والمتكبر ولم ينو به غير الله عز وجل انعقدت به يمينه لانه لا تطلق هذه الأسماء الا عليه وان نوى به غيره لم ينعقد لانه قد تستعمل فى غيره مع التقييد لانه يقال فلان رحيم القلب ورب الدار وقادر على المشى وقاهر للعدو وخالق للكذب ومالك للبلد وجبار متكبر فجاز أن تصرف اليه بالنية فان قال والحى والموجود والعالم والمؤمن والكريم لم تنعقد يمينه الا أن ينوى به الله تعالى لان هذه الأسماء مشتركة بين الله تعالى و بين الخلق مستعملة فى الجميع استعمالا واحدا فلم تنصرف الى الله تعالى من غير نية كالكنايات فى الطلاق وان حلف بصفة من صفاته نظرت فان حلف بعظمة الله أو بعزته أو بكبريائه أو بجلاله أو ببقائه أو بكلامه انعقدت يمينه لان هذه الصفات للذات لم يزل موصوفا بها ولا يجوز وصفه بضدها فصار كاليمين بأسمائه وان قال وعلم الله ولم ينو به المعلوم أو بقدرة الله ولم ينو به المقدور انعقدت يمينه لان العلم والقدرة من صفات الذات لم يزل موصوفا بهما ولا يجوز وصفه بضدهما فصارا كالصفات الستة فان نوى بالعلم

(قوله ذاكرا ولا آثرا) ذاكرا ضد ناسيا أى ما حلفت بها ولا أنا ذاكر لها لست بناس. وقال الجوهرى ليس هو من الذكر بعد النسيان انما يعنى متكلما به كقولك ذكرت لفلان حديث كذا وكذا. ولا آثرا أى حاكيا عن غيرى يقال أثرت الحديث آثره أثرا اذا ذكرته عن غيرك، ومنه قيل حديث مأثور أى يذكره خلف عن سلف. قال الله سبحانه: ان هذا الا سحر يؤثر أى يأخذه واحد عن واحد. وقال الأعشى

ان الذى فيه تماريتما * بين للسامع والآثر

ومثله قوله تعالى أو أثارة من علم (قوله أو ببارئ النسمة) أى خالق الانسان. برأ الله الخلق برأ وهو البارئ أى الخالق . والبرية الخلق. والنسمة الانسان وجمعها نسم . والنسمة أيضا النفس بفتح الفاء وهو الربو (قوله وخالق الكذب) يقال خلق الافك واختلقه وتخلقه أى افتراه ومنه قوله تعالى وتخلقون افكا. ان هذا الا اختلاق (قوله وجبار متكبر) الجبار الذى يقتل على الغضب. والمتكبر المتعظم. والكبر العظمة وكذلك الكبرياء (قوله والمؤمن) سمى الله مؤمنا لانه آمن عباده من أن يظلمهم ذكره الجوهرى (قوله بعظمة الله أو بعزته أو بكبريائه أو بجلاله) العزة القوة والغلبة من عز اذا غلب. أو من العز ضد الذل. والكبرياء العظمة وجلاله أيضا عظمته (قوله من صفات الذات) ذات الشىء حقيقته وذات الله تعالى حقيقته وثبوت وحدانيته وربوبيته فى النفس اعتقادا بغير جسم ولا صورة

المعلوم أو بالقدرة المقدور لم ينعقد يمينه لانه قد يستعمل العلم فى المعلوم والقدرة فى المقدور ألا ترى انك تقول اغفر لنا علمك فينا وتريد المعلوم وتقول انظروا الى قدرة الله وتريد به المقدور فانصرف اليه بالنية فان قال وحق الله وأراد به العبادات لم ينعقد يمينه لأنه يمين بمحدث وان لم ينو العبادات انعقدت يمينه لان الحق يستعمل فيما يستحق من العبادات ويستعمل فيما يستحقه البارى من الصفات وذلك من صفات الذات وقد انضم اليه العرف فى الحلف به فانعقدت به اليمين من غير نية

﴿ فصل ﴾ وان قال على عهد الله وميثاقه وكفالته وأمانته فان أراد به ما أخذ علينا من العهد فى العبادات فليس بيمين لانه يمين بمحدث وان أراد بالعهد استحقاقه ما تعبدنا به فهو يمين لانه صفة قديمة وان لم يكن له نية ففيه وجهان أحدهما أنه يمين لان العادة الحلف بها والتغليظ بألفاظها كالعادة بالحلف بالله والتغليظ بصفاته كالطالب الغالب والمدرك المهلك والثانى ليس بيمين لانه يحتمل العبادات ويحتمل ما ذكرناه من استحقاقه ولم يقترن بذلك عرف عام وانما يحلف به بعض الناس وأكثرهم لا يعرفونه فلم يجعل يمينا

﴿ فصل ﴾ وان قال بالله لأفعلن كذا بالباء المعجمة من تحت فان أراد بالله انى أستعين بالله أو أثق بالله فى الفعل الذى أشار اليه لم يكن يمينا لان ما نواه ليس بيمين واللفظ يحتمله فلم يجعل يمينا وان لم يكن له نية كان يمينا لان الباء من حروف القسم فحمل اطلاق اللفظ عليه وان قال تالله لأفعلن كذا بالتاء المعجمة من فوق فالمنصوص فى الايمان والايلاء أنه يمين وروى المزنى فى القسامة أنه ليس بيمين واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال المذهب ما نص عليه فى الايمان والايلاء لان التاء من حروف القسم والدليل عليه قوله عز وجل وتالله لأكيدن أصنامكم بعد أن تولوا مدبرين وقوله تعالى تالله لقد آثرك الله علينا وان كنا لخاطئين فصار كما لو قال والله وبالله وما رواه المزنى صحف فيه والذى قال المزنى فى القسامة بالباء المعجمة من تحت وتعليله يدل عليه فانه قال لانه دعاء وتالله ليس بدعاء ومن أصحابنا من قال ان كان فى الايمان والايلاء فهو يمين لانه يلزمه حق وان كان فى القسامة لم يكن يمينا لانه يستحق به المال فلم يجعل يمينا وان قال الله لأفعلن كذا فان أراد به اليمين فهو يمين لانه قد تحذف حروف القسم ولهذا روى أن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أخبر النبى ﷺ انه قتل أبا جهل فقال آلله انك قتلته فقال آلله انى قتلته وان لم يكن له نية لم يكن يمينا لانه لم يأت بلفظ القسم وان قال لاها الله ونوى به اليمين فهو يمين لما روى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال فى سلب قتيل قتله أبو قتادة لاها الله اذا لا يعمد الى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن دين الله ورسوله فيعطيك سلبه فقال رسول الله ﷺ صدق وان لم ينو اليمين لم يكن يمينا لانه غير متعارف فى اليمين فلم يجعل يمينا من غير نية وان قال وايم الله ونوى اليمين فهو يمين لان النبى ﷺ قال فى أسامة بن زيد وايم الله

(قوله تالله لأكيدن أصنامكم) الكيد المكر. كاده يكيده كيدا ومكيدة . والمكر هو الاحتيال والخديعة (قوله لقد آثرك الله علينا) أى أعطاك وفضلك. من آثرت فلانا على نفسى ايثارا أى جعلته أحق به منى قال الله تعالى ويؤثرون على أنفسهم (قوله آلله انك قتلته) ممدود على لفظ الاستفهام والخفض لا غير، لان همزة الاستفهام بدل من حرف القسم الخافض لاسم الله تعالى وفى الثانى يجوز المد والقصر والخفض والنصب والرفع ولا يكون الخفض الا مع المد، ومعنى الرفع الله قسمى أو الله الذى أقسم به والنصب لفقدان الخافض كما قالوا يمين الله. والرواية فى الصحيح المد فى الأول لانه استفهام صريح والقصر فى الثانى، ومن جوز المد فى الثانى فانه قصد العوض لا الاستفهام (قوله لاها الله) هى ههنا التى للتنبيه جعلت عوضا من حرف القسم وقد روى فيها المد ولا أعلم لها وجها وكذا روى فى حديث الربا البر بالبر والشعير بالشعير الى أن قال هاء وهاء يريد يدا بيد ومعناها فى الربا خذ، يقال هاك الدرهم أى خذ. وفى كتاب الله تعالى هاؤم اقرأوا كتابيه فمدها لأجل الهمزة التى بعدها. وقيل هى ممدودة فى نفسها وكذلك ها أنتم هؤلاء وأنشدوا لعلى رضى الله عنه

أفاطم هاء السيف غير ذميم * فلست برعديد ولا بلئيم

(قوله وايم الله) ايم أصله ايمن فحذفت منه النون لكثرة الاستعمال كما حذفوها فى يكن فقالوا لم يك . واختلفوا فى ألفها فسيبويه يقول انها ألف وصل والفراء يقول انها ألف قطع وليس هذا موضع ذكره. وأما ميم ايم فالقياس ضمها كما كانت

انه خليق بالامارة فان لم يكن له نية لم يكن يمينا الا ان لم يقترن به عرف ولا نية

﴿ فصل ﴾ وان قال لعمر الله ونوى به اليمين فهو يمين لانه قد قيل معناه بقاء الله وقيل حق الله وقيل علم الله والجميع من الصفات التى تنعقد بها اليمين فان لم يكن له نية ففيه وجهان أحدهما أنه يمين لان الشرع ورد به فى اليمين وهو قول الله عزوجل لعمرك انهم لفى سكرتهم يعمهون والثانى أنه ليس بيمين وهو ظاهر النص لانه غير متعارف فى اليمين

﴿ فصل ﴾ وان قال أقسمت بالله أو أقسم بالله لأفعلن كذا ولم ينو شيئا فهو يمين لانه ثبت له عرف الشرع وعرف العادة فالشرع قوله عزوجل فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وقوله عزوجل وأقسموا بالله جهد أيمانهم وعرف العادة ان الناس يحلفون بها كثيرا وان قال أردت بقولى أقسمت بالله الخبر عن يمين متقدمة و بقولى أقسم بالله الخبر عن يمين مستأنفة قبل قوله فيما بينه و بين الله تعالى لان ما يدعيه يحتمله اللفظ فاما فى الحكم فالمنصوص فى الايمان انه يقبل وقال فى الايلاء اذا قال لزوجته أقسمت بالله لاوطئتك وقال أردت به فى زمان متقدم انه لا يقبل فمن أصحابنا من قال لا يقبل قولا واحدا وما يدعيه خلاف ما يقتضيه اللفظ فى عرف الشرع وعرف العادة وقوله فى الايمان انه يقبل ارادته فيما بينه و بين الله عزوجل ومنهم من قال لا يقبل فى الايلاء و يقبل فى غيره من الايمان لان الايلاء يتعلق به حق المرأة فلم يقبل منه خلاف الظاهر والحق فى سائر الايمان لله عزوجل فقبل قوله ومنهم من نقل جوابه فى كل واحدة من المسئلتين الى الأخرى وجعلهما على قولين أحدهما يقبل لأن ما يدعيه يحتمله اللفظ والثانى لا يقبل لأن ما يدعيه خلاف ما يقتضيه اللفظ فى عرف الشرع وعرف العادة فان قال شهدت بالله أو أشهد بالله لافعلن كذا فان نوى به اليمين فهو يمين لأنه قد يراد بالشهادة اليمين وان نوى بالشهادة بالله الايمان به فليس بيمين لأنه قد يراد به ذلك وان لم يكن له نية ففيه وجهان أحدهما انه يمين لأنه ورد به القرآن والمراد به اليمين وهو قوله عز وجل فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والثانى انه ليس بيمين لأنه ليس فى اليمين بها عرف من جهة العادة وأما فى الشرع فقد ورد والمراد به اليمين وورد والمراد به الشهادة فلم يجعل يمينا من غير نية وان قال أعزم بالله لافعلن كذا فان أراد به اليمين فهو يمين لأنه يحتمل أن يقول أعزم ثم يبتدئ اليمين بقوله بالله لافعلن كذا وان أراد انى أعزم بالله أى بمعونته وقدرته لم يكن يمينا وان لم ينو شيئا لم يكن يمينا لأنه يحتمل اليمين و يحتمل العزم على الفعل بمعونة الله فلم يجعل يمينا من غير نية ولا عرف وان قال أقسم أو أشهد أو أعزم ولم يذكر اسم الله تعالى لم يكن يمينا نوى به اليمين أو لم ينو لأن اليمين لا ينعقد الا باسم معظم أو صفة معظمة ليتحقق له المحلوف عليه وذلك لم يوجد

﴿ فصل ﴾ وان قال أسألك بالله أو أقسم عليك بالله لتفعلن كذا فان أراد به الشفاعة بالله عزوجل فى الفعل لم يكن يمينا وان أراد أن يحلف عليه ليفعلن ذلك صار حالفا لأنه يحتمل اليمين وهو أن يبتدىء بقوله بالله لتفعلن كذا وان أراد أن يعقد للمسؤل بذلك يمينا لم ينعقد لواحد منهما لأن السائل صرف اليمين عن نفسه والمسؤل لم يحلف

﴿ فصل ﴾ اذا قال والله لافعلن كذا ان شاء زيد أن أفعله فقال زيد قد شئت أن يفعله انعقدت يمينه لأنه علق عقد اليمين على مشيئته وقد وجدت ثم يقف البر والحنث على فعل الشيء وتركه وان قال زيد لست أشاء أن يفعله لم تنعقد اليمين لأنه لم يوجد شرط عقدها وان فقدت مشيئته بالجنون أو الغيبة أو الموت لم ينعقد اليمين لانه لم يتحقق شرط الانعقاد ولا ينعقد اليمين به والله أعلم

مضمومة قبل الحذف وذكر القلعى انها تخفض بالقسم والواو واو قسم عنده. وذاكرت جماعة من أئمة النحو والمعرفة فمنعوا من الخفض وقالوا أيمن بنفسها آلة للقسم فلا يدخل على الآلة آلة هكذا ذكر لى من يسمع التاج النحوى رئيس أهل العربية بدمشق (قوله انه خليق بالامارة) أى حقيق وجدير، وقد خلق لذلك كأنه ممن يقدر لذلك و يرى فيه مخايله، وهذا مخلقة لذاك أى مجدرة (قوله لعمر الله) كأنه حلف ببقائه. وأصله العمر بضم العين فاستعمل فى القسم بالفتح (قوله يعمهون) لا يهتدون. والعمه التحير والتردد (قوله وأقسموا بالله جهد أيمانهم) أى بالغوا فى اليمين واجتهدوا فيها (قوله أعزم بالله) عزم على الامر اذا قطع عليه ولم يرده عنه شىء (قوله الحنث) أصل الحنث الاثم والذنب. و بلغ الغلام الحنث أى المعصية والطاعة. والحنث أيضا الخلف فى اليمين يقال حنث فى يمينه أى لم يبر فيا ثم و يذنب. وقال ابن الاعرابى الحنث الرجوع فى اليمين أى يفعل ما حلف عليه أن لا يفعل

﴿ باب جامع الايمان ﴾

اذا حلف لايسكن دارا وهو فيها فخرج فى الحال بنية التحويل وترك رحله فيها لم يحنث لأن اليمين على سكناه وقد ترك السكنى فلم يحنث بترك الرحل كما لو حلف لايسكن فى بلد فخرج وترك رحله فيه وان تردد الى الدار لنقل الرحل لم يحنث لأن ذلك ليس بسكنى وان حلف لايسكنها وهو فيها أولا يلبس هذا الثوب وهو لابسه أولا يركب هذه الدابة وهو راكبها فاستدام حنث لان الاسم يطلق على حال الاستدامة ولهذا تقول سكنت الدار شهرا ولبست الثوب شهرا وركبت الدابة شهرا وان حلف لايتزوج وهو متزوج أو لايتطهر وهو متطهر أولا يتطيب وهو متطيب فاستدام لم يحنث لأنه لايطلق الاسم عليه فى حال الاستدامة ولهذا تقول تزوجت من شهر وتطهرت من شهر وتطيبت من شهر ولا تقول تزوجت شهرا وتطهرت شهرا وتطيبت شهرا وان حلف لايدخل الدار وهو فيها فاستدام ففيه قولان قال فى الام يحنث لأن استدامة الدخول كالابتداء فى التحريم فى ملك الغير فكذلك فى الحنث فى اليمين كاللبس والركوب وقال فى حرملة لايحنث وهو الصحيح لأن الدخول لايستعمل فى الاستدامة ولهذا تقول دخلت الدار من شهر ولا تقول دخلتها شهرا فلم يحنث بالاستدامة كما لو حلف لايتطهر أو لايتزوج فاستدام فان حلف لايسافر وهو فى السفر فاخذ فى العود لم يحنث لأنه أخذ فى ترك السفر وان استدام السفر حنث لانه مسافر

﴿ فصل ﴾ وان حلف لايساكن فلانا وهما فى مسكن واحد ففارق أحدهما الآخر فى الحال وبقى الآخر لم يحنث لأنه زالت المساكنة وان سكن كل واحد منهما فى بيت من خان أو دار كبيرة وانفرد كل واحد منهما بباب وغلق لم يحنث لانه ماساكنه فان حلف لايدخل دارا فادخل احدى الرجلين أو أدخل رأسه اليها لم يحنث وان حلف لايخرج من دار فأخرج احدى الرجلين أو أخرج رأسه منها لم يحنث لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان معتكفا وكان يدخل رأسه الى عائشة لترجله ولأن كمال الدخول والخروج لايحصل بذلك

﴿ فصل ﴾ وان حلف لايدخل دارا فحصل فى سطحها وهو غير محجر لم يحنث وقال أبو ثور يحنث لأن السطح من الدار وهذا خطأ لأنه حاجز بين داخل الدار وخارجها فلم يصر بحصوله فيه داخلا فيها كما لو حصل على حائط الدار وان كان محجرا ففيه وجهان أحدهما يحنث لأنه يحيط به سور الدار والثانى لايحنث وهو ظاهر النص لأنه لم يحصل فى داخل الدار وان كان فى الدار نهر فطرح نفسه فى الماء حتى حمله الى داخل الدار حنث لانه دخل الدار وان كان فى الدار شجرة منتشرة الاغصان فتعلق بغصن منها ونزل فيها حتى أحاط به حائط الدار حنث وان نزل فيه حتى حاذى السطح فان كان غير محجر لم يحنث وان كان محجرا فعلى الوجهين

﴿ فصل ﴾ وان حلف لايدخل دار زيد هذه فباعها ثم دخلها حنث لأن اليمين على عين مضافة الى مالك فلم يسقط الحنث فيه بزوال الملك كما لو حلف لايكلم زوجة فلان هذه فطلقها ثم كلمها وان حلف لايدخل دار زيد فدخل دارا لزيد وعمرو لم يحنث لأن اليمين معقودة على دار جميعها لزيد وان حلف لايدخل دار زيد فدخل دارا يسكنها زيد بعارية أو اجارة أو غصب فان أراد مسكنه حنث لأنه يحتمل مانوى وان لم يكن له نية لم يحنث وقال أبو ثور يحنث لأن الدار تضاف الى الساكن والدليل عليه قوله تعالى لاتخرجوهن من بيوتهن فاضاف بيوت أزواجهن اليهن بالسكنى وهذا خطأ لان حقيقة الاضافة تقتضى ملك العين ولهذا لو قال هذه الدار لزيد جعل ذلك اقرارا له بملكها

﴿ فصل ﴾ وان حلف لايدخل هذه الدار فانهدمت وصارت ساحة أو جعلت حانوتا أو بستانا فدخلها لم يحنث لانه زال

﴿ ومن باب جامع الايمان ﴾

(قوله وترك رحله فيها) هو مايستصحبه من الاثاث. والرحل مسكن الرجل أيضا ومنه فى الحديث صلوا فى الرحال وكذا قوله لنقل الرحل هو الاثاث كالحقة والقدر والسراج. والرحل فى غير هذا عدة البعير (قوله فى بيت من خان) الخان موضع يسكنه المسافرون (قوله فى سطحها وهو غير محجر) المحجر الذى عليه بناء يحيط به ومنه سميت الحجرة وسور الدار ما يحيط به (قوله ساحة أو جعلت حانوتا) الساحة العرصة التى لا بناء فيها والحانوت الدكان، فارسى. والحانوت أيضا بيت الخمر. وقال فى فقه اللغة. الحانوت مكان البيع والشراء

عنها اسم الدار وان أعيدت بغير تلك الآلة لم يحنث بدخولها لأنها غير تلك الدار وان أعيدت بتلك الآلة ففيه وجهان أحدهما لا يحنث وهو قول أبى على ابن أبى هريرة لأنها غير تلك الدار والثانى أنه يحنث لأنها عادت كما كانت

(فصل) وان حلف لايدخل هذه الدار من هذا الباب فقلع الباب ونصبه فى مكان آخر وبقى الممر الذى كان عليه الباب فدخلها من الممر حنث وان دخلها من الموضع الذى نصب فيه الباب لم يحنث ومن أصحابنا من قال ان دخل من الممر الذى كان فيه الباب لم يحنث لأنه لم يدخل من ذلك الباب لأن الباب نقل وهذا خطأ لأن الباب هو الممر الذى يدخل ويخرج منه دون المصراع المنصوب والممر الأول باق فتعلق به الحنث وان حلف لايدخل هذه الدار من بابها أولا يدخل من باب هذه الدار فسد الباب وجعل الباب فى مكان آخر فدخلها منه ففيه وجهان أحدهما أنه لا يحنث وهو قول أبى على ابن أبى هريرة وهو المنصوص فى الام لأن اليمين انعقدت على باب موجود مضاف الى الدار وذلك هو الباب الأول فلا يحنث بالثانى كما لو حلف لايدخل دار زيد فباع زيد داره ثم دخلها والثانى وهو قول أبى اسحق انه يحنث وهو الاظهر لأن اليمين معقودة على بابها وبابها الآن هو الثانى فتعلق الحنث به كما لو حلف لايدخل دار زيد فباع زيد داره واشترى أخرى فان الحنث يتعلق بالدار الثانية دون الاولى

(فصل) وان حلف لايدخل بيتا فدخل مسجدا أو بيتا فى الحمام لم يحنث لأن المسجد وبيت الحمام لايدخلان فى اطلاق اسم البيت ولأن البيت اسم لما جعل للايواء والسكنى والمسجد وبيت الحمام لم يجعل لذلك فان دخل بيتا من شعر أو أدم نظرت فان كان الحالف ممن يسكن بيوت الشعر والادم حنث وان كان ممن لايسكنها ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس بن سريج انه لايحنث لأن اليمين تحمل على العرف ولهذا لو حلف لايأكل الرؤس حمل على مايتعارف أكله منفردا وبيت الشعر والادم غير متعارف للقروى فلم يحنث به والثانى وهو قول أبى اسحق وغيره انه يحنث لأنه بيت جعل للايواء والسكنى فأشبه بيوت المدر وقولهم انه غير متعارف فى حق أهل القرى يبطل بالبيت من المدر فانه غير متعارف فى حق أهل البادية ثم يحنث به وخبز الارز غير متعارف فى حق غير الطبرى ثم يحنث بأكله اذا حلف لايأكل الخبز

(فصل) وان حلف لايأكل هذه الحنطة فجعلها دقيقا أولا يأكل هذا الدقيق فجعله عجينا أولا يأكل هذا العجين فجعله خبزا لم يحنث بأكله وقال أبو العباس يحنث لأن اليمين تعلقت بعينه فتعلق الحنث بها وان زال الاسم كما لو حلف لايأكل هذا الحمل فذبحه وأكله والمذهب الأول لأنه علق اليمين على العين والاسم ثم لا يحنث بغير العين فكذلك لايحنث بغير الاسم ويخالف الحمل لانه لايمكن أكله حيا والحنطة يمكن أكلها حبا ولأن الحمل ممنوع من أكله فى حال الحياة من غير يمين فلم يدخل فى اليمين والحنطة غير ممنوع من أكلها فتعلق بها اليمين وان حلف لايأكل هذا الرطب فأكله وهو تمر أولا يأكل هذا الحمل فأكله وهو كبش أولا يكلم هذا الصبى فكلمه وهو شيخ ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على ابن أبى هريرة انه لايحنث كما لايحنث فى الحنطة اذا صارت دقيقا فأكله والثانى انه يحنث لأن الانتقال حدث فيه من غير صنعة وفى الحنطة الانتقال حدث فيها بصنعة وهذا لايصح لأنه يبطل به اذا حلف لايأكل هذا البيض فصار فرخا أولا يأكل هذا الحب فصار زرعا فانه لايحنث وان كان الانتقال حدث فيه من غير صنعة وان حلف لايشرب هذا العصير فصار خمرا أولا يشرب هذا الخمر فصار خلا فشربه لم يحنث كما قلنا فى الحنطة اذا صارت دقيقا وان حلف لايلبس هذا الغزل فنسج منه ثوبا حنث بلبسه لأن الغزل لايلبس الا منسوجا فصار كما حلف لايأكل هذا الحيوان فذبحه وأكله

(قوله دون المصراع) هو اللوح الذى ينصب وهما مصراعان (قوله القروى) منسوب الى القرية سميت بذلك لأنها تجمع الناس. من قرى اذا جمع. ويقال قرية لغة يمانية ولعلها جمعت على ذلك مثل لحية ولحى (قوله بيوت المدر) أصل المدر قطع الطين اليابس. والتراب والطين واحد. والتراب أكم ويسمى البلد مدرة. والحمل ولد النعجة الصغير فاذا كبر فهو كبش

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يشرب هذا السويق فاستفه أو لا يأكل هذا الخبز فدقه وشربه أو ابتلعه من غير مضغ لم يحنث لأن الأفعال أجناس مختلفة كالأعيان ثم لو حلف على جنس من الأعيان لم يحنث بجنس آخر فكذلك اذا حلف على جنس من الأفعال لم يحنث بجنس آخر وان حلف لا يذوق هذا الطعام فذاقه ولفظه ففيه وجهان أحدهما لا يحنث لأنه لا يوجد حقيقة الذوق مالم يزدرده ولهذا لا يبطل به الصوم والثاني انه يحنث لأن الذوق معرفة الطعم وذلك يحصل من غير ازدراد وان حلف لا يذوقه فأكله أو شربه حنث لأنه قد ذاق وزاد عليه وان حلف لا يأكل ولا يشرب ولا يذوق فأوجر في حلقه حتى وصل الى جوفه لم يحنث لأنه لم يأكل ولم يشرب ولم يذق وان قال والله لا طعمت هذا الطعام فأوجر في حلقه حنث لأن معناه لا جعلته لي طعاما وقد جعله طعاماله

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يأكل اللحم حنث بأكل لحم كل مايؤكل لحمه من النعم والوحش والطير لأن اسم اللحم يطلق على الجميع ولا يحنث بأكل السمك لأنه لا يطلق عليه اسم اللحم وهل يحنث بأكل لحم مالا يؤكل لحمه فيه وجهان أحدهما يحنث لأنه يطلق عليه اسم اللحم وان لم يحل كما أطلق على اللحم المغصوب وان لم يحل والثاني لا يحنث لأن القصد باليمين أن يمنع نفسه مما يستبيحه ولحم مالا يؤكل لحمه ممنوع من أكله من غير يمين فلم يدخل في اليمين وان حلف لا يأكل اللحم فأكل الشحم لم يحنث وان حلف لا يأكل الشحم فأكل اللحم لم يحنث لأنهما جنسان مختلفان في الاسم والصفة وان حلف على اللحم فأكل سمين الظهر والجنب ومايعلو اللحم ويتخلله من البياض حنث لأنه لحم سمين وان حلف على الشحم فأكل ذلك لم يحنث لأنه ليس بشحم وان حلف على اللحم أو الشحم فأكل الكبد أو الطحال أو الرئة أو الكرش أو المخ لم يحنث لأنه يخالف اللحم والشحم في الاسم والصفة وان حلف على اللحم فأكل لحم الخد أو لحم الرأس أو اللسان ففيه وجهان أحدهما يحنث لأنه لحم والثاني لا يحنث لأن اللحم لا يطلق الا على لحم البدن واختلف أصحابنا في الألية فمنهم من قال هو شحم يحنث به في اليمين على الشحم ولا يحنث به في اليمين على اللحم لأنه يشبه الشحم في بياضه ويذوب كما يذوب الشحم ومنهم من قال هو لحم فيحنث به في اليمين على اللحم ولا يحنث به في اليمين على الشحم لأنه نابت في اللحم ويشبهه في الصلابة ومنهم من قال ليس بلحم ولا شحم ولا يحنث به في اليمين على واحد منهما لأنه يخالف الجميع في الاسم والصفة فصار كالكبد والطحال وان حلف على اللحم فأكل شحم العين لم يحنث لأنه يخالف اللحم في الاسم والصفة وان حلف على الشحم فأكله ففيه وجهان أحدهما يحنث به لدخوله في اسم الشحم والثاني لا يحنث به لأنه لا يدخل في اطلاق اسمه كما لا يدخل لحم السمك في اطلاق اليمين على اللحم ولا التمر الهندي في اليمين على التمر

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يأكل الرؤس ولم يكن له نية حنث برؤس الابل والبقر والغنم لأنها تباع مفردة وتؤكل مفردة عن الأبدان ولا يحنث برؤس الطير فانها لا تباع مفردة ولا تؤكل مفردة فان كان في بلد يباع فيه رؤس الصيد ورؤس السمك مفردة حنث بأكلها لأنها تباع مفردة فهي كرءوس الابل والبقر والغنم وهل يحنث بأكلها في سائر البلاد فيه وجهان أحدهما لا يحنث لأنه لا يطلق عليها اسم الرءوس الا في البلد الذي يباع فيه ويعتاد أكله والثاني يحنث بها لان ما ثبت له العرف في مكان وقع الحنث به في كل مكان كخبز الارز

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يأكل البيض حنث بأكل كل بيض يزايل بائضه في الحياة كبيض الدجاجة والحمامة والنعامة لأنه يؤكل منفردا ويباع منفردا فيدخل في مطلق اليمين ولا يحنث بما لا يزايل بائضه كبيض السمك والجراد لأنه لا يباع منفردا ولا يؤكل منفردا فلم يدخل في مطلق اليمين

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يأكل اللبن حنث بأكل لبن الانعام ولبن الصيد لان اسم اللبن يطلق على الجميع وان كان فيه ما يقل أكله

(قوله السويق فاستفه) يقال سف الدواء واستفه وسففت أنا بالكسر وأسففته بمعنى أي أخذته غير ملتوت وكذا السويق وكل دواء غير معجون فهو سفوف. والازدراد البلع من غير مضغ ولا لوك (قوله فأوجر) الوجور الدواء الذي يصب في وسط الفم تقول منه وجرت الصبي وأوجرته بمعنى وأوجرته الرمح لا غير اذا طعنته به (قوله يتخلله من البياض) أي يدخل في خلله

لتقذره كما يحنث فى اليمين على اللحم بأكل لحم الجميع وان كان فيما يقل أكله لتقذره و يحنث بالحليب والرائب وماجمد منه لان الجميع لبن ولا يحنث بأكل الجبن واللور واللبا والزبد والسمن والمصل والاقط وقال أبو على ابن أبى هريرة اذا حلف على اللبن حنث بكل ما يتخذ منه لانه من اللبن والمذهب الاول لانه لا يطلق عليه اسم اللبن فلم يحنث به وان كان منه كما لو حلف لا يأكل الرطب فأكل التمر أو لا يأكل السمسم فأكل الشيرج فانه لا يحنث وان كان التمر من الرطب والشيرج من السمسم

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يأكل السمن فأكله مع الخبز أو أكله فى العصيدة وهو ظاهر فيها حنث وان حلف لا يأكل اللبن فأكله فى طبيخ وهو ظاهر فيه أو حلف لا يأكل الخل فأكله فى طبيخ وهو ظاهر فيه حنث وقال أبو سعيد الاصطخرى اذا أكله مع غيره لم يحنث لأنه لم يفرده بالأكل فلم يحنث كما لو حلف لا يأكل طعاما اشتراه زيد فأكل طعاما اشتراه زيد وعمرو والمذهب الأول لأنه فعل المحلوف عليه وأضاف اليه غيره فحنث كما لو حلف لا يدخل على زيد فدخل على جماعة وهو فيهم

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يأكل ادما فأكل اللحم حنث لما روى أن النبى ﷺ قال سيد الادام اللحم ولأنه يؤتدم به فى العادة فحنث به كالخل والمرى فان أكل التمر ففيه وجهان أحدهما لا يحنث لأنه لا يؤتدم به فى العادة وانما يؤكل قوتا أو حلاوة والثانى انه يحنث به لأن النبى ﷺ أعطى سائلا خبزا وتمرا وقال هذا أدم هذا

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يأكل الفاكهة فأكل الرطب أو العنب أو الرمان أو الاترنج أو التوت أو النبق حنث لأنها ثمار أشجار فحنث بها كالتفاح والسفرجل وان أكل البطيخ أو الموز حنث لانه يتفكه به كما يتفكه بثمار الأشجار وان أكل الخيار أو القثاء لم يحنث لأنهما من الخضراوات

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يأكل بسرا ولا رطبا فأكل منصفا حنث فى اليمين لأنه أكل البسر والرطب وان حلف لا يأكل بسرة ولا رطبة فأكل منصفا لم يحنث لأنه لم يأكل بسرة ولا رطبة

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يأكل قوتا فأكل التمر أو الزبيب أو اللحم وهو ممن يقتات ذلك حنث وهل يحنث به غيره على ماذكرناه من الوجهين فى بيوت الشعر و رءوس الصيد

والخلل الفرج بين الشيئين أو الاشياء وقد ذكر (قوله بالحليب والرائب) أما الحليب فمعروف أول ما يخرج عند الحلب وهو فعيل بمعنى مفعول أى محلوب. وأما الرائب فيسمى اللبن بذلك اذا حمض وخثر أى ثخن وقد ذكر. وقوله لا يحنث بأكل الجبن الخ أما الجبن فمعروف أيضا لبن يعقد بالانفحة يقال جبن باسكان الباء وضم الجيم لغة و بعضهم يقول جبن وجبنة بالضم والتشديد. وأما اللور بضم اللام فهو أن يجعل فى الحليب الانفحة فينعقد فيؤكل قبل أن يشتد و يؤتدم به و يؤكل بالتمر و يعمل من الحليب الذى يكون بعد اللبا. وأما اللبا مقصور مهموز فهو لبن البهيمة عند أول ما تنتج يترك على النار فينعقد. وأما المصل فيؤخذ ماء الجبن والاقط فيغلى غليا شديدا حتى ينقطع و يطلع الثخين ناحية فيترك فى خرقة حتى ينزل منه الماء الرقيق ثم يعصر و يوضع فوق الخرقة شىء ثقيل ليستنزل ما فيه ثم يترك فيه قليل من الملح و يجعل أقراصا أو حلقا. والمصل والمصالة أصله من مصل اذا سال منه شىء يسير، يقال مصل يمصل، طعمه ممتزج ليس بالحامض ولا الحلو. والشيراز هو أن يؤخذ اللبن الخاثر وهو الرائب فيجعل فى كيس حتى ينزل ماؤه و يضرب هذا الذى قصده صاحب الكتاب وقد يعمل الشيراز أيضا بأن يترك الرائب فى وعاء و يوضع فوقه الابازير وشىء من المحرمات ثم يؤكل و يترك فوقه كل يوم لبن حليب. وأما الاقط فقد ذكر وهو أن يغلى اللبن الحامض المنزوع الزبد على النار حتى ينعقد و يجعل قطعا صغارا أو يجفف فى الشمس. وذكر فى التنبيه الدوغ بضم الدال وهو المخيض بعينه فارسى معرب وذكر فيه الكشك وهو أن يهرس البر أو الشعير حتى ينقى من القشر ثم يجش و يغلى فى المخيض الى أن يختر فيشرز أى يجفف ذكره فى مجمل اللغة. وأما المرى فانما هو بتشديد الراء والياء وكأنه منسوب الى المرارة. والعامة تخففه وصفته أن يؤخذ الشعير فيقلى ثم يطحن و يعجن و يخمر ثم يخلط بالماء فيستخرج منه خل يضرب لونه الى الحمرة يؤتدم به و يطبخ به والتوت شجر معروف يعلف به دود القز له ثمر أحمر. والنبق ثمار السدر وفى الحديث فى سدرة المنتهى نبقها مثل قلال هجر. والريحان الفارسى هو الشقر فى لغة بعض عوام اليمن. والبنفسج شجر طيب الريح طبعه الرطوبة بزهره أحمر أدهم وهو معرب بنفسه. والياسمين شجر طيب الرائحة يشم زهره له أغصان دقاق زهره أبيض

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يأكل طعاما حنث بأكل كل ما يطعم من قوت وأدم وفاكهة وحلاوة لأن اسم الطعام يقع على الجميع والدليل عليه قوله تعالى كل الطعام كان حلا لبنى اسرائيل الا ما حرم اسرائيل على نفسه وهل يحنث بأكل الدواء فيه وجهان أحدهما لا يحنث لأنه لا يدخل فى اطلاق اسم الطعام والثانى يحنث لانه يطعم فى حال الاختيار ولهذا يحرم فيه الربا

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يشرب الماء فشرب ماء البحر احتمل عندى وجهين أحدهما يحنث لانه يدخل فى اسم الماء المطلق ولهذا تجوز به الطهارة والثانى لا يحنث لانه لا يشرب وان حلف لا يشرب ماء فراتا فشرب ماء دجلة أوغيره من المياه العذبة حنث لأن الفرات هو الماء العذب والدليل عليه قوله تعالى وأسقيناكم ماء فراتا وأراد به العذب وان حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من ماء دجلة لم يحنث لأن الفرات اذا عرف بالألف واللام فهو النهر الذى بين العراق والشأم

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يشم الريحان فشم الضميران وهو الريحان الفارسى حنث وان شم ماسواه كالورد والبنفسج والياسمين والزعفران لم يحنث لانه لا يطلق اسم الريحان الا على الضميران وماسواه لا يسمى الا بأسمائها وان حلف لا يشم المشموم حنث بالجميع لأن الجميع مشموم وان شم الكافور أو المسك أو العود أو الصندل لم يحنث لأنه لا يطلق عليه اسم المشموم وان حلف لا يشم الورد والبنفسج فشم دهنهما لم يحنث لانه لم يشم الورد والبنفسج وان جف الورد والبنفسج فشمهما ففيه وجهان أحدهما لا يحنث كما لا يحنث اذا حلف لا يأكل الرطب فأكل التمر والثانى يحنث لبقاء اسم الورد والبنفسج

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يلبس شيئا فلبس درعا أو جوشنا أو خفا أو نعلا ففيه وجهان أحدهما يحنث لانه لبس شيئا والثانى لا يحنث لان اطلاق اللبس لا ينصرف الى غير الثياب

﴿ فصل ﴾ وان كان معه رداء فقال والله لا لبست هذا الثوب وهو رداء فارتدى به أو تعمم به أو اتزر به حنث لانه لبسه وهو رداء فان جعله قميصا أو سراويل ولبسه لم يحنث لأنه لم يلبسه وهو رداء فان قال والله لا لبست هذا الثوب ولم يقل وهو رداء فارتدى به أو تعمم به أو اتزر به أو جعله قميصا أو سراويل ولبسه حنث ومن أصحابنا من قال لا يحنث لانه حلف على لبسه وهو على صفة فلم يحنث بلبسه على غير تلك الصفة والصحيح هو الاول لأنه حلف على لبسه ثوبا فحمل على العموم كما لو قال والله لا لبست ثوبا

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يلبس حليا فلبس خاتما من ذهب أو فضة أو مخنقة من لؤلؤ أو غيره من الجواهر حنث لأن الجميع حلى والدليل عليه قوله عز وجل يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا ولباسهم فيها حرير وان لبس شيئا من الخرز أو السبج فان كان ممن عادته التحلى به كأهل السواد حنث لانهم يسمونه حليا وهل يحنث به غيرهم على ماذكرناه من الوجهين فى بيوت الشعر ورءوس الصيد وان تقلد سيفا محلى لم يحنث لان السيف ليس بحلى وان لبس منطقة محلاة ففيه وجهان أحدهما يحنث لانه من حلى الرجال والثانى لا يحنث لأنه ليس من الآلات المحلاة فلم يحنث به كالسيف وان حلف لا يلبس خاتما فلبسها فى غير الخنصر أو حلف لا يلبس قميصا فارتدى به أو لا يلبس قلنسوة فلبسها فى رجله لم يحنث لان اليمين يقتضى لبسا متعارفا وهذا غير متعارف

﴿ فصل ﴾ وان من عليه رجل فحلف لا يشرب له ماء من عطش فأكل له خبزا أو لبس له ثوبا أو شرب له ماء من غير عطش لم يحنث لان الحنث لا يقع الا على ماعقد عليه اليمين والذى عقد عليه اليمين شرب الماء من عطش فلو حنثناه على ماسواه لحنثناه على ما نوى لا على ما حلف عليه وان حلف لا يلبس له ثوبا فوهب له ثوبا فلبسه لم يحنث لأنه لم يلبس ثوبه

﴿ فصل ﴾ وان حلف لا يضرب امرأته فضربها ضربا غير مؤلم حنث لانه يقع عليه اسم الضرب وان عضها أو خنقها أو نتف

(قوله جوشنا) هو درع قصيرة على قدر الصدر (قوله وان لبس مخنقة) هى القلادة مأخوذ من المخنق وهو موضع من العنق. والسبج خرز أسود معروف. والسواد قرى العراق ومزارعها والقلنسوة ملبوس على قدر الرأس معروف عندهم

شعرها لم يحنث لان ذلك ليس بضرب وان لكمها أو لطمها أو رفسها ففيه وجهان أحدهما يحنث لانه ضربها والثانى لا يحنث لان الضرب المتعارف ما كان بؤلم وان حلف ليضرب عبده مائة سوط فشد مائة سوط فضربه بها ضربة واحدة فان تيقن انه أصابه المائة بر فى يمينه لانه ضربه بمائة سوط وان تيقن أنه لم يصبه بالمائة لم يبر لأنه ضربه بدون المائة وان شك هل أصابه بالجميع أو لم يصبه بالجميع فالمنصوص أنه يبر وقال المزنى لا يبر كما قال الشافعى رحمه الله فيمن حلف ليفعلن كذا فى وقت الا أن يشاء فلان فمات فلان حنث واذا لم نجعله بار الشك فى المشيئة وجب أن لا نجعله بار الشك فى الاصابة والمذهب الأول لان أيوب عليه السلام حلف ليضربن امرأته عددا فقال عز وجل وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث ويخالف ما قاله الشافعى رحمه الله فى المشيئة لأنه ليس الظاهر وجود المشيئة فاذا لم تكن مشيئة حنث بالمخالفة والظاهر اصابته بالجميع فبر وان حلف ليضربنه مائة مرة فضربه بالمائة المشدودة لم يبر لأنه لم يضربه الا مرة فان حلف ليضربنه مائة ضربة فضربه بالمائة المشدودة دفعة واحدة فأصابه الجميع ففيه وجهان أحدهما لا يبر لأنه ما ضربه الا ضربة ولهذا لو رمى بسبع حصيات دفعة واحدة الى الجمرة لم يحتسب له سبعا والثانى أنه يبر لأنه حصل بكل سوط ضربة ولهذا لو ضرب به فى حد الزنا حسب بكل سوط جلدة

﴿فصل﴾ وان حلف لا يهب له فأعمره أو أرقبه أو تصدق عليه حنث لأن الهبة تمليك العين بغير عوض وان كان لكل نوع منها اسم وان وقف عليه وقلنا ان الملك ينتقل اليه حنث لأنه ملكه العين من غير عوض وان باعه وحاباه لم يحنث لأنه ملكه بعوض وان وصى له لم يحنث لان التمليك بعد الموت والميت لا يحنث

﴿فصل﴾ وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن لم يحنث لان الكلام لا يطلق فى العرف الا على كلام الآدميين وان حلف لا يكلم فلانا فسلم عليه حنث لان السلام من كلام الآدميين ولهذا تبطل به الصلاة فان كلمه وهو نائم أو ميت أو فى موضع لا يسمع كلامه لم يحنث لأنه لا يقال فى العرف كلمه وان كلمه فى موضع يسمع الا أنه لم يسمع لاشتغاله بغيره حنث لأنه كلمه ولهذا يقال كلمه فلم يسمع وان كلمه وهو أصم فلم يسمع للصمم ففيه وجهان أحدهما يحنث لأنه كلمه وان لم يسمع فحنث كما لو كلمه فلم يسمع لاشتغاله بغيره والثانى لا يحنث وهو الصحيح لأنه كلمه وهو لا يسمع فأشبه اذا كلمه وهو غائب وان كاتبه أو راسله ففيه قولان قال فى القديم يحنث وقال فى الجديد لا يحنث وأضاف اليه أصحابنا اذا أشار اليه فجعلوا الجميع على قولين أحدهما يحنث والدليل عليه قوله عز وجل وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحيا فاستثنى الوحى وهو الرسالة من الكلام فدل على أنها منه وقوله عز وجل قال آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا فاستثنى الرمز وهو الاشارة من الكلام فدل على أنها منه ولأنه وضع لافهام الآدميين فأشبه الكلام والقول الثانى أنه لا يحنث لقوله عز وجل فاما ترين من البشر أحدا فقولى انى نذرت للرحمن صوما فلن أكلم اليوم انسيا ثم قال يا أخت هرون ما كان أبوك امرأ سوء وما كانت أمك بغيا فأشارت اليه قالوا كيف نكلم من كان فى المهد صبيا فلو كانت الاشارة كلاما لم تفعله وقد نذرت أن لا تكلم ولان حقيقة الكلام ما كان باللسان ولهذا يصح نفيه عما سواه بأن تقول ما كلمته وانما كاتبته أو راسلته أو أشرت اليه و يحرم على المسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام لقوله عليه السلام لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام والسابق أسبقهما الى الجنة وان كاتبه أو راسله ففيه وجهان أحدهما لا يخرج من مأثم الهجران لأن الهجران ترك الكلام فلا يزول الا بالكلام والثانى وهو قول أبى على ابن أبى هريرة انه يخرج من مأثم الهجران لأن القصد بالكلام ازالة ما بينهما من الوحشة وذلك يزول بالمكاتبة والمراسلة

﴿فصل﴾ وان حلف لا يسلم على فلان فسلم على قوم هو فيهم ونوى السلام على جميعهم حنث لأنه سلم عليه وان استثناه بقلبه لم يحنث لأن اللفظ وان كان عاما الا أنه يحتمل التخصيص فجاز تخصيصه بالنية وان أطلق السلام من غير نية ففيه قولان أحدهما

(قوله وان لكمها أو لطمها أو رفسها) لكمه يلكمه اذا ضربه بجمع كفه. واللطم الضرب على الوجه بباطن الراحة. والرفس الضرب بالرجل. رفسه يرفسه (قوله بر فى يمينه) البر ضد الحنث يقال بر يبر و بررت ابر بكسر عين الفعل فى الماضى وفتحها فى المستقبل وكذلك بررت والدى أبر ضد العقوق (قوله وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث) الضغث الحزمة من الشىء. قال اليزيدى الضغث ملء اليد من الحشيش. وفى التفسير خذ قبضة من اسل فيها مائة قضيب (قوله الا وحيا) فسر فى الكتاب بالرسالة وذكر فى الصحاح أنه الكتابة والاشارة والرسالة والالهام والكلام الخفى وكل ما ألقيته الى غيرك. يقال وحيت اليه الكلام وأوحيت وهو أن تكلمه بكلام تخفيه قال * وحى لها القرار واستقرت * ويروى أوحى لها (قوله فلن أكلم اليوم انسيا) الانس البشر الواحد انس وانسى أيضا بالتحريك والجمع أناسى (قوله وما كانت أمك بغيا) البغى الزانية. والبغاء الزنا وقد ذكر

أنه يحنث لأنه سلم عليهم فدخل كل واحد منهم فيه والثانى أنه لا يحنث لأن اليمين يحمل على المتعارف ولا يقال فى العرف لمن سلم على الجماعة وفيهم فلان انه كلم فلانا وسلم على فلان وان حلف لا يدخل على فلان فى بيت فدخل على جماعة فى بيت هو فيهم ولم يستثنه بقلبه حنث بدخوله عليهم وان استثنى بقلبه عليهم ففيه وجهان أحدهما أنه لا يحنث كما لو حلف لا يسلم عليه فسلم عليهم واستثناه بقلبه والثانى أنه يحنث لأن الدخول فعل لا يتميز فلا يصح تخصيصه بالاستثناء والسلام قول يجاز تخصيصه بالاستثناء ولهذا لو قال سلام عليكم الا على فلان صح وان قال دخلت عليكم الا على فلان لم يصح

﴿فصل﴾ وان حلف لا يصوم أولا يصلى فدخل فيهما حنث لأنه بالدخول فيهما يسمى صائما ومصليا وان حلف لا يبيع أولا يتزوج أولا يهب لم يحنث الا بالايجاب والقبول ومن أصحابنا من قال يحنث فى الهبة بالايجاب من غير قبول لأنه يقال وهب له ولم يقبل والصحيح هو الأول لان الهبة عقد تمليك فلم يحنث فيه من غير ايجاب وقبول كالبيع والنكاح ولا يحنث الا بالصحيح فأما اذا باع بيعا فاسدا أو نكح نكاحا فاسدا أو وهب هبة فاسدة لم يحنث لأن هذه العقود لا تطلق فى العرف والشرع الا على الصحيح

﴿فصل﴾ وان قال والله لا تسريت ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه يحنث بوطء الجارية لأنه قد قيل ان التسرى مشتق من السراة وهو الظهر فيصير كأنه حلف لا يتخذها ظهرا والجارية لا يتخذها ظهرا الا بالوطء وقد قيل انه مشتق من السر وهو الوطء فصار كما لو حلف لا يطؤها والثانى أنه لا يحنث الا بالتحصين عن العيون والوطء لأنه مشتق من السر فكأنه حلف لا يتخذها أسرى الجوارى وهذا لا يحصل الا بالتحصين والوطء والثالث أنه لا يحنث الا بالتحصين والوطء والانزال لأن التسرى فى العرف اتخاذ الجارية لابتغاء الولد ولا يحصل ذلك الا بما ذكرناه

﴿فصل﴾ وان حلف أنه لا مال له وله دين حال حنث لأن الدين الحال مال بدليل أنه تجب فيه الزكاة ويملك أخذه اذا شاء فهو كالعين فى يد المودع وان كان له دين مؤجل ففيه وجهان أحدهما لا يحنث لأنه لا يستحق قبضه فى الحال والثانى أنه يحنث لانه يملك الحوالة به والابراء عنه وان كان له مال مغصوب حنث لأنه على ملكه وتصرفه وان كان له مال ضال ففيه وجهان أحدهما يحنث لأن الأصل بقاؤه والثانى لا يحنث لانه لا يعلم بقاءه فلا يحنث بالشك

﴿فصل﴾ وان حلف أنه لا يملك عبدا وله مكاتب فالمنصوص أنه لا يحنث وقال فى الأم ولو ذهب ذاهب الى أنه عبد ما بقى عليه درهم فانما يعنى أنه عبد فى حال دون حال لأنه لو كان عبد الله لكان مسلطا على بيعه وأخذ كسبه فمن أصحابنا من جعل ذلك قولا آخر وقال أبو على الطبرى رحمه الله انه لا يحنث قولا واحدا وانما ألزم الشافعى رحمه الله نفسه شيئا وانفصل عنه فلا يجعل ذلك قولا له

﴿فصل﴾ وان حلف لا يرفع منكرا الى فلان القاضى أو الى هذا القاضى ولم ينو أنه لا يرفعه اليه وهو قاض فرفعه اليه بعد العزل ففيه وجهان أحدهما أنه لا يحنث لانه شرط أن يكون قاضيا فلم يحنث بعد العزل كما لو حلف لا يأكل هذه الحنطة فأكلها بعد ما صارت دقيقا والثانى أنه يحنث لأنه علق اليمين على عينه فكان ذكر القضاء تعريفا لا شرطا كما لو حلف لا يدخل دار زيد هذه فدخلها بعد ما باعها زيد وان حلف لا يرفع منكرا الى قاض حنث بالرفع الى كل قاض لعموم اللفظ وان حلف لا يرفع منكرا الى القاضى لم يحنث الا بالرفع الى قاضى البلد لأن التعريف بالألف واللام يرجع اليه فان كان فى البلد قاض عند اليمين فعزل وولى غيره فرفع اليه حنث

(قوله والله لا تسريت) ذكر فى اشتقاقه فى الكتاب ثلاثة أوجه. وذكر فى الصحاح وجها رابعا أن أصله تسررت من السرور وهو الفرح فأبدل من الراء الأخرى ياء كما قالوا تظنيت فى تظننت. والسرية فعلية من السر وهو الجماع وضمت السين لان النسب موضع تغيير (قوله مسلطا على بيعه) التسليط القهر والأخذ بالغلبة وكذا السلاط وقد سلطه الله فتسلط عليهم (قوله لا يرفع منكرا) هو ما خالف الشرع والدين وأنكره الناس

﴿فصل﴾ وان حلف لا يكلم فلانا حينا أو دهرا أو حقبا أو زمانا بر بأدنى زمان لانه اسم للوقت ويقع على القليل والكثير وان حلف لا يكلمه مدة قريبة أو مدة بعيدة بر بأدنى مدة لانه ما من مدة الا وهى قريبة بالاضافة الى ما هو أبعد منها بعيدة بالاضافة الى ما هو أقرب منها

﴿فصل﴾ وان حلف لا يستخدم فلانا فخدمه وهو ساكت لم يحنث لأنه حلف على فعله وهو طلب الخدمة ولم يوجد ذلك منه وان حلف لا يتزوج أو لا يطلق فأمر غيره حتى تزوجه أو طلق عنه لم يحنث لأنه حلف على فعله نفسه ولم يفعل وان حلف لا يبيع أو لا يضرب فأمر غيره ففعل فان كان ممن يتولى ذلك بنفسه لم يحنث لما ذكرناه وان كان ممن لا يتولى ذلك بنفسه كالسلطان فالمنصوص أنه لا يحنث وقال الربيع فيه قول آخر أنه يحنث ووجهه أن العرف فى حقه أن يفعل ذلك عنه بأمره واليمين يحمل على العرف ولهذا لو حلف لا يأكل الرءوس حملت على رءوس الانعام والصحيح هو الأول لأن اليمين على فعله والحقيقة لا تنتقل بعادة الحالف ولهذا لو حلف السلطان أنه لا يأكل الخبز أو لا يلبس الثوب فأكل خبز الذرة ولبس عباءة حنث وان لم يكن ذلك من عادته وان حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه ففيه طريقان أحدهما أنه على القولين كالبيع والضرب فى حق من يتولاه بنفسه والثانى أنه يحنث قولا واحدا لأن العرف فى الحلق فى حق كل أحد أن يفعله غيره بأمره ثم يضاف الفعل الى المحلوق

﴿فصل﴾ وان حلف لا يدخل دارين فدخل احداهما أولا يأكل رغيفين فأكل أحدهما أولا يأكل رغيفا فأكله الا لقمة أو لا يأكل رمانة فأكلها الا حبة أو لا يشرب ماء حب فشربه الا جرعة لم يحنث لأنه لم يفعل المحلوف عليه وان حلف لا يشرب ماء هذا النهر أو ماء هذه البئر ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس أنه يحنث بشرب بعضه لأنه يستحيل شرب جميعه فانعقدت اليمين على ما لا يستحيل وهو شرب البعض والثانى وهو قول أبى اسحق أنه لا يحنث بشرب بعضه لأنه حلف على شرب جميعه فلم يحنث بشرب بعضه كما لو حلف على شرب ماء فى الحب

﴿فصل﴾ وان حلف لا يأكل طعاما اشتراه زيد فأكل طعاما اشتراه زيد وعمرو لم يحنث لأنه ليس فيه شئ يمكن أن يشار اليه انه اشتراه زيد دون عمرو فلم يحنث وان اشترى كل واحد منهما طعاما ثم خلطاه فأكل منه ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه لا يحنث لأنه ليس فيه شئ يمكن أن يقال هذا الطعام اشتراه زيد دون عمرو فلم يحنث كما لو اشترياه فى صفقة واحدة والثانى أنه ان أكل النصف فما دونه لم يحنث وان أكل أكثر من النصف حنث لأن النصف فما دونه يمكن أن يكون مما اشتراه عمرو فلم يحنث بالشك وفيما زاد يتحقق أنه أكل مما اشتراه زيد والثالث وهو قول أبى اسحق أنه ان أكل الحبة والعشرين حبة لم يحنث لجواز أن يكون مما اشتراه عمرو وان أكل الكف والكفين حنث لانه يستحيل فيما يختلط أن يتميز فى الكف والكفين ما اشتراه زيد عما اشتراه عمرو

﴿فصل﴾ وان حلف لا يدخل دار زيد فحمله غيره باختياره فدخل به حنث لان الدخول ينسب اليه كما ينسب اذا دخلها راكبا على البهيمة أو دخلها برجله فان دخلها ناسيا لليمين أو جاهلا بالدار أو أكره حتى دخلها ففيه قولان أحدهما يحنث لانه فعل ما حلف عليه فحنث والثانى لا يحنث وهو الصحيح لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولان حال النسيان والجهل والاكراه لا يدخل فى اليمين كما لا يدخل فى الامر والنهى فى خطاب الله عز وجل وخطاب رسول الله ﷺ واذا لم يدخل فى اليمين لم يحنث به وان حمله غيره مكرها حتى دخل به ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كما لو أكره حتى دخلها بنفسه لانه لما كان فى حال الاختيار دخوله بنفسه ودخوله محمولا واحدا وجب أن يكون فى حال الاكراه دخوله بنفسه ودخوله محمولا واحدا ومنهم من قال لا يحنث قولا واحدا لان الفعل انما ينسب اليه اما بفعله حقيقة أو بفعل غيره بأمره مجازا وههنا لم يوجد واحد منهما فلم يحنث

(قوله حينا أو حقبا) الحقب بالضم ثمانون سنة. ويقال أكثر من ذلك. ويقال هو وقت من الزمان لا حد له وهو الذى يقتضيه الشرع ونعنى به أهل الفقه. والحين أيضا الوقت (قوله ماء حب) الحب الخابية فارسى معرب وهو السرداب (قوله بأمره مجازا) المجاز ضد الحقيقة مثل واسأل القرية ولهدمت صوامع وبيع وصلوات فالقرية لا تسأل فى الحقيقة والصلوات لا تهدم وانما هو مجاز أراد أهل القرية ومواضع الصلوات. والكفارة أصلها التغطية كأنها تغطى الذنب وتستره

﴿فصل﴾ وان حلف ليأكلن هذا الرغيف غدا فأكله من الغد بر في يمينه لانه فعل ما حلف على فعله وان ترك أكله في الغد حتى انقضى حنث لانه فوت المحلوف عليه باختياره وان أكل نصفه في الغد حنث لانه قدر على أكل الجميع ولم يفعل وان أكله في يومه حنث لأنه فوت المحلوف عليه باختياره فحنث كما لو تركه حتى انقضى الغد وان تلف الرغيف في يومه أو في الغد قبل أن يتمكن من أكله ففيه قولان كالمكره وان تلف من الغد بعد ما تمكن من أكله ففيه طريقان من أصحابنا من قال يحنث قولا واحدا لانه فوته باختياره ومنهم من قال فيه قولان لان جميع الغد وقت للأكل فلم يكن تفويته بفعله فان حلف ليقضينه حقه عند رأس الشهر مع رأس الشهر فقضاه قبل رؤية الهلال حنث لأنه فوت القضاء باختياره وان رأى الهلال ومضى زمان أمكنه فيه القضاء فلم يقضه حنث لانه فوت القضاء باختياره وان أخذ عند رؤية الهلال في كيله وتأخر الفراغ منه لكثرته لم يحنث لانه لم يترك القضاء وان أخر عن أول ليلة الشك ثم بان أنه كان من الشهر ففيه قولان كالناسي والجاهل وان قال والله لاقضين حقه الى شهر رمضان فلم يقضه حتى دخل الشهر حنث لانه ترك ما حلف على فعله من غير ضرر وان قال والله لأقضين حقه الى أول الشهر فقد اختلف أصحابنا فيه فنهم من قال حكمها حكم ما لو قال والله لاقضين حقه الى رمضان لان لفظ الى للحد والغاية وان أخر القضاء حتى دخل الشهر حنث وقال أبو اسحق حكمها حكم ما لو قال والله لأقضين حقه عند رأس الشهر وهو ظاهر النص وان قضاه قبل رؤية الهلال حنث وان رأى الهلال ومضى وقت يمكن فيه القضاء ثم قضاه حنث لان الى قد تكون للغاية كقوله عز وجل ثم أتموا الصيام الى الليل وقد تكون بمعنى مع كقوله تعالى من أنصاري الى الله والمراد بمع الله وكقوله عز وجل وأيديكم الى المرافق والمراد به مع المرافق فلما احتمل أن تكون للغاية واحتمل أن تكون للمقارنة لم يجز أن نحنثه بالشك ويخالف قوله والله لأقضين حقه الى رمضان لانه لا يحتمل أن تكون للمقارنة لانه لا يمكن أن يقارن القضاء في جميع شهر رمضان فجعلناه للغاية

﴿فصل﴾ وان كان له على رجل حق فقال له والله لا فارقتك حتى أستوفي حقي ففر منه الغريم لم يحنث الحالف وقال أبو علي بن أبي هريرة ففيه قولان كالقولين في المكره وهذا خطأ لانه حلف على فعل نفسه ولم يوجد ذلك منه ولو قال والله لا فارقتني حتى أستوفي حقي منك ففارقه الغريم مختارا ذاكرا لليمين حنث الحالف وان فارقه مكرها أو ناسيا ففيه طريقان من أصحابنا من قال هي على القولين في المكره والناسي ومنهم من قال يحنث الحالف قولا واحدا لان الاختيار والقصد يعتبر في فعل الحالف لا في فعل غيره والصحيح هو الاول وأنه يعتبر في فعل من حلف على فعله وان كانت اليمين على فعل الحالف اعتبر الاختيار والقصد في فعله وان كانت على فعل غيره اعتبر الاختيار والقصد في فعله وان فارقه الحالف لم يحنث لان اليمين على فعل الغريم ولم يوجد منه فعل وان حلف لا يفارقه غريمه حتى يستوفي حقه منه ثم أفلس وفارقه لما يعلم من وجوب انظار المعسر حنث لانه فعل المحلوف عليه مختارا ذاكرا لليمين فحنث وان وجب الفعل بالشرع كما لو حلف لا رددت عليك المغصوب فرده حنث وان وجب الرد بالشرع فان ألزمه الحاكم مفارقته فعلى قولين

﴿فصل﴾ وان حلف لا يفارقه حتى يستوفي حقه منه فأحاله على غيره أو أبرأه من الدين أو دفع اليه عوضا عن حقه حنث في اليمين لانه لم يستوف حقه وان كان حقه دنانير فدفع اليه شيئا على أنه دنانير فخرج نحاسا فعلى القولين في الجاهل وان قال من عليه الحق والله لا فارقتك حتى أدفع اليك مالك وكان الحق عينا فوهبها منه فقبله حنث لانه فوت الدفع بقبوله وان كان دينا فأبرأه منه وقلنا انه لا يحتاج الابراء الى القبول على الصحيح من المذهب فعلى الطريقين فيمن حلف لا يدخل الدار فحمل اليها مكرها

﴿باب كفارة اليمين﴾

اذا حلف بالله تعالى وحنث وجبت عليه الكفارة لما روى عبد الرحمن بن سمرة قال قال لي رسول الله ﷺ يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الامارة فانك ان أعطيتها عن مسألة وكلت اليها وان أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها وان حلفت على

وقد ذكرت. والكفر بالفتح التغطية. وقد كفرت الشيء أكفره بالكسر كفرا سترته. ورماد مكفور اذا سفت عليه الريح التراب حتى غطته وانشد الاصمعي هل تعرف الدار بأعلى ذي القور * قد درست غير رماد مكفور

(قوله وكلت اليها) يقال وكل اليه الأمر اذا جعله بيده وعجز عنه ومنه الحديث اللهم لا تكلنا الى أنفسنا فنعجز

يمين فرأيت غيرها خيرا منها فات الذى هو خير وكفر عن يمينك وان حلف على فعل مرتين بأن قال والله لادخلت الدار والله لادخلت الدار نظرت فان نوى بالثانى التأكيد لم يلزمه الا كفارة واحدة وان نوى الاستئناف ففيه قولان أحدهما يلزمه كفارتان لانهما يمينان بالله عز وجل فتعلق بالحنث فيها كفارتان كما لو كانت على فعلين والثانى تجب كفارة واحدة وهو الصحيح لان الثانية لاتفيد الا ما أفادت الاولى فلم يجب أكثر من كفارة كما لو قصد بها التأكيد وان لم يكن له نية فان قلنا انه اذا نوى الاستئناف لزمته كفارة واحدة فههنا أولى وان قلنا هناك تجب كفارتان ففى هذا قولان بناء على القولين فيمن كرر لفظ الطلاق ولم ينو

﴿فصل﴾ والكفارة اطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة وهو مخير بين الثلاثة والدليل عليه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فان لم يقدر على الثلاثة لزمه صيام ثلاثة أيام لقوله عز وجل فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فان كان يكفر بالمال فالمستحب أن لا يكفر قبل الحنث ليخرج من الخلاف فان أبا حنيفة لايجيز تقديم الكفارة على الحنث وان أراد أن يكفر بالمال قبل الحنث نظرت فان كان الحنث بغير معصية جاز تقديم الكفارة لانه حق مال يتعلق بسببين يختصان به فاذا وجد أحدهما جاز تقديمه على الآخر كالزكاة قبل الحول وان كان الحنث بمعصية ففيه وجهان أحدهما يجوز لما ذكرناه والثانى لايجوز لانه يتوصل به الى معصية واختلف أصحابنا فى كفارة الظهار قبل العود وكفارة القتل بعد الجرح وقبل الموت فمنهم من قال فيه وجهان كما قلنا فى اليمين على معصية ومنهم من قال يجوز لانه ليس فيه توصل الى معصية وان كان يكفر بالصوم لم يجز قبل الحنث لانها عبادة تتعلق بالبدن لاحاجة به الى تقديمها فلم يجز تقديمها على الوجوب كصوم رمضان

﴿فصل﴾ وان أراد أن يكفر بالعتق لم يجز الا بما يجوز فى الظهار وقد بيناه وان أراد أن يكفر بالاطعام أطعم كل مسكين مدا كما يطعم فى الظهار وقد بيناه

﴿فصل﴾ وان أراد أن يكفر بالكسوة كسا كل مسكين مايقع عليه اسم الكسوة من قميص أو سراويل أو ازار أو رداء أو مقنعة أو خمار لان الشرع ورد به مطلقا ولم يقدر فحمل على مايسمى كسوة فى العرف وهل يجزىء فيه القلنسوة فيها وجهان أحدهما لا يجزئه لانه لا يطلق عليه اسم الكسوة والثانى أنه يجزئه وهو قول أبى اسحق المروزى لما روى أن رجلا سأل عمران ابن الحصين عن قوله تعالى أو كسوتهم قال لو أن وفدا قدموا على أميركم هذا فكساهم قلنسوة قلنسوة قلتم قد كسوا ولا يجزىء الخف والنعل والمنطقة والتكة لانه لا يقع عليه اسم الكسوة ويجزىء الكساء والطيلسان لانه من الكسوات ويجوز ما اتخذ من القطن والكتان والشعر والصوف والخز وأما الحرير فانه ان أعطاه لمرأة أجزأه وهل يجوز أن يعطى رجلا فيه وجهان أحدهما لا يجزىء لانه يحرم عليه لبسه والثانى يجزئه وهو الصحيح لانه يجوز أن يعطى الرجال كسوة النساء والنساء كسوة الرجال ويجوز فيه الخام والمقصور والبياض والمصبوغ فأما الملبوس فانه ان ذهبت قوته لم يجزه وان لم تذهب قوته أجزأه كما تجزئه الرقبة اذا لم تبطل منفعتها ولا تجزئه اذا بطلت منفعتها

﴿فصل﴾ وان أراد أن يكفر بالصيام ففيه قولان أحدهما لا يجوز الا متتابعا لانه كفارة جعل الصوم فيها بدلا عن العتق فشرط فى صومها التتابع ككفارة الظهار والقتل والثانى أنه يجوز متتابعا ومتفرقا لانه صوم نزل به القرآن مطلقا فجاز

(قوله أو سطما تطعمون أهليكم) الاوسط ههنا بين الاعلى والادنى. وعن ابن عمر فى تفسيرها الخبز والسمن والخبز والزيت والخبز والتمر . ومن أفضل ماتطعمونهم الخبز واللحم (قوله المنطقة والتكة) المنطقة معرفة اسم والمنطق كلما شددت به وسطك. وفى المثل من يطل هن أبيه ينتطق به أى من كثر بنو أبيه يتقوى بهم ومنه سميت أسماء ذات النطاقين . والتكة بالتشديد بدليل أن جمعها تكك وتخفيفها خطأ. والطيلسان بفتح اللام واحد الطيالسة وهو فارسى معرب ثوب يغطى به الرأس والبدن يلبس فوق الثياب وقد تكسر اللام منه

متفرقا ومتتابعا كالصوم في فدية الأذى

﴿فصل﴾ وان كان الحالف عبدا فكفارته الصوم وان كان الصوم يضر به لشدة الحر وطول النهار نظرت فان حلف باذن المولى وحنث باذنه جاز له أن يصوم من غير اذنه لانه لزمه باذنه وان حلف بغير اذنه وحنث بغير اذنه لم يجز أن يصوم الا باذنه لانه لزمه بغير اذنه وان حلف بغير اذنه وحنث باذنه جاز أن يصوم بغير اذنه لانه لزمه باذنه وان حلف باذنه وحنث بغير اذنه ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز أن يصوم بغير اذنه لانه وجد أحد السببين باذنه فصار كما لو حلف بغير اذنه وحنث باذنه والثاني لا يجوز أن يصوم بغير اذنه وهو الصحيح لأنه اذا لم يجز أن يصوم ولم يمنعه من الحنث باليمين فلأن لا يجوز وقد منعه من الحنث باليمين أولى فان كان الصوم لا يضر به كالصوم في الشتاء ففيه وجهان أحدهما انه يجوز ان يصوم بغير اذنه لانه لا ضرر عليه والثاني انه كالصوم الذي يضر به على ما ذكرناه لأنه ينقص من نشاطه في خدمته فان صام في المواضع التي منعناه من الصوم فيها أجزأه لانه من أهل الصيام وانما منع منه لحق المولى فاذا فعل بغير اذنه صح كصلاة الجمعة فان كان نصفه حرا ونصفه عبدا وله مال لم يكفر بالعتق لانه ليس من أهل الولاء ويلزمه أن يكفر بالطعام أو الكسوة ومن أصحابنا من قال فرضه الصوم وهو قول المزني لأنه ناقص بالرق وهو كالعبد والمذهب الأول لأنه يملك المال بنصفه الحر ملكا تاما فأشبه الحر

﴿ كتاب العدد ﴾

اذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول والخلوة لم تجب العدة لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ولان العدة تجب لبراءة الرحم وقد تيقنا براءة رحمها وان طلقها بعد الدخول وجبت العدة لأنه لما أسقط العدة في الآية قبل الدخول دل على وجوبها بعد الدخول ولأن بعد الدخول يشتغل الرحم بالماء فوجبت العدة لبراءة الرحم وان طلقها بعد الخلوة وقبل الدخول ففيه قولان أحدهما لا تجب العدة لما ذكرناه من الآية والمعنى والثاني تجب لأن التمكين من استيفاء المنفعة جعل كالاستيفاء ولهذا تستقر به الأجرة في الاجارة كما تستقر بالاستيفاء فجعل كالاستيفاء في ايجاب العدة

﴿ فصل ﴾ وان وجبت العدة على المطلقة لم تخل اما أن تكون حرة أو أمة فان كانت حرة نظرت فان كانت حاملا من الزوج اعتدت بالحمل لقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن ولأن براءة الرحم لا تحصل في الحامل الا بوضع الحمل فان كان الحمل ولدا واحدا لم تنقض العدة حتى ينفصل جميعه وان كان ولدين أو أكثر لم تنقض حتى ينفصل الجميع لان الحمل هو الجميع ولأن براءة الرحم لا تحصل الا بوضع الجميع وان وضعت ما بان فيه خلق آدمي انقضت به العدة وان وضعت مضغة لم يظهر فيه خلق آدمي وشهد أربع نسوة من أهل المعرفة أنه خلق آدمي ففيه طريقان من أصحابنا من قال تنقضي به العدة قولا واحدا ومنهم من قال فيه قولان وقد بيناه في عتق أم الولد وأقل مدة الحمل ستة أشهر لما روي أنه أتي عثمان رضي الله عنه بامرأة ولدت لستة أشهر فشاور القوم في رجمها فقال ابن عباس رضي الله عنه أنزل الله عز وجل وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وأنزل وفصاله في عامين فالفصال في عامين والحمل في ستة أشهر وذكر القتيبي في المعارف أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر وأكثره أربع سنين لما روى الوليد بن مسلم قال قلت لمالك بن أنس حدثت جميلة بنت سعد عن عائشة رضي الله عنها لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل قال مالك سبحان الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد وأقل ما تنقضي به عدة الحامل أن تضع بعد ثمانين يوما من بعد امكان الوطء لأن النبي ﷺ قال ان أحدكم ليخلق في بطن أمه نطفة أربعين يوما ثم يكون علقة أربعين يوما ثم يكون مضغة أربعين يوما ولا تنقضي العدة بما دون المضغة فوجب أن يكون بعد الثمانين

﴿ومن كتاب العدد﴾

العدد جمع عدة . والعدة فعلة من العد والاحصاء أي ما تحصيه وتعده من الأيام والاقراء (قوله وان وضعت مضغة) المضغة قطعة لحم . وقلب الانسان مضغة من جسده من مضغ الطعام يمضغه ويمضغه اذا لاكه . والمماضغ بالفتح ما يمضغ (قوله وحمله وفصاله) الفصال الفطام وقطع الرضاع . فصلته اذا فطمته . وفصلت الرضيع من أمه فصالا وكذلك افتصلته

﴿ فصل ﴾ فان كانت المعتدة غير حامل فان كانت ممن تحيض اعتدت بثلاثة اقراء لقوله عز وجل والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء والاقراء هي الاطهار والدليل عليه قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن والمراد به في وقت عدتهن كما قال ونضع الموازين القسط ليوم القيامة والمراد به في يوم القيامة والطلاق المأمور به في الطهر فدل على أنه وقت العدة وان كان الطلاق في وقت الحيض كان أول الاقراء الطهر الذي بعده فان كان في حال الطهر نظرت فان بقيت في الطهر بعد الطلاق لحظة ثم حاضت احتسبت تلك اللحظة قرءا لأن الطلاق انما جعل في الطهر ولم يجعل في الحيض حتى لا يؤدي الى الاضرار بها في تطويل العدة فلو لم تحسب بقية الطهر قرءا كان الطلاق في الطهر أضر بها من الطلاق في الحيض لأنه أطول للعدة فان لم يبق بعد الطلاق جزء من الطهر بأن وافق آخر لفظ الطلاق آخر الطهر أو قال لها أنت طالق في آخر جزء من طهرك كان أول الاقراء الطهر الذي بعد الحيض وخرج أبو العباس وجها آخر أنه يجعل الزمان الذي صادفه الطلاق من الطهر قرءا وهذا لا يصح لأن العدد لا يكون الا بعد وقوع الطلاق فلم يجز الاعتداد بما قبله وأما آخر العدة فقد روى المزني والربيع أنها اذا رأت الدم بعد الطهر الثالث انقضت العدة برؤية الدم وروى البويطي وحرملة أنها لا تنقضي حتى يمضي من الحيض يوم وليلة فمن أصحابنا من قال هما قولان أحدهما تنقضي العدة برؤية الدم لأن الظاهر ان ذلك حيض والثاني لا تنقضي حتى يمضي يوم وليلة لجواز أن يكون دم فساد فلا يحكم بانقضاء العدة ومنهم من قال هي على اختلاف حالين فالذي رواه المزني والربيع فيمن رأت الدم لعادتها فيعلم بالعادة أن ذلك حيض والذي رواه البويطي وحرملة فيمن رأت الدم لغير عادة لأنه لا يعلم أنه حيض قبل يوم وليلة وهل يكون ما رأته من الحيض من العدة فيه وجهان أحدهما أنه من العدة لأنه لا بد من اعتباره فعلى هذا اذا راجعها فيه صحت الرجعة وان تزوجت فيه لم يصح النكاح والثاني ليس من العدة لأنا لو جعلناه من العدة زادت العدة على ثلاثة اقراء فعلى هذا اذا راجعها لم تصح الرجعة فان تزوجت فيه صح النكاح

﴿ فصل ﴾ وأقل ما يمكن أن تعتد فيه الحرة بالاقراء اثنان وثلاثون يوما وساعة وذلك بأن يطلقها في الطهر ويبقى من الطهر بعد الطلاق ساعة فتكون تلك الساعة قرءا ثم تحيض يوما ثم تطهر خمسة عشر يوما وهو القرء الثاني ثم تحيض يوما ثم تطهر خمسة عشر يوما وهو القرء الثالث فاذا طعنت في الحيضة الثالثة انقضت عدتها

﴿ فصل ﴾ وان كانت من ذوات الاقراء فارتفع حيضها فان كان لعارض معروف كالمرض والرضاع تربصت الى أن يعود الدم فتعتد بالاقراء لأن ارتفاع الدم بسبب يزول فانتظر زواله فان ارتفع بغير سبب معروف ففيه قولان قال في القديم تمكث الى أن تعلم براءة رحمها ثم تعتد عدة الآيسة لأن العدة تراد لبراءة الرحم وقال في الجديد تمكث الى ان تيأس من الحيض ثم تعتد عدة الآيسة لأن الاعتداد بالشهور جعل بعد الاياس فلم يجز قبله فان قلنا بالقول القديم ففي القدر الذي تمكث فيه قولان أحدهما تسعة أشهر لأنه غالب عادة الحمل ويعلم به براءة الرحم في الظاهر والثاني تمكث أربع سنين لأنه لو جاز الاقتصار على براءة الرحم في الظاهر لجاز الاقتصار على حيضة واحدة لأنه يعلم بها براءة الرحم في الظاهر فوجب أن يعتبر أكثر مدة الحمل ليعلم براءة الرحم بيقين فاذا علمت براءة الرحم بتسعة أشهر أو بأربع سنين اعتدت بعد ذلك بثلاثة أشهر لما روى عن سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى في المرأة اذا طلقت فارتفعت حيضتها أن عدتها تسعة أشهر لحملها وثلاثة أشهر لعدتها ولأن تربصها فيما تقدم ليس بعدة وانما اعتبر ليعلم أنها ليست من ذوات الأقراء فاذا علمت اعتدت بعدة الآيسات فان حاضت قبل العلم ببراءة رحمها أو قبل انقضاء العدة بالشهور لزمها الاعتداد بالاقراء لانا تبينا أنها من ذوات الاقراء فان اعتدت وتزوجت ثم حاضت

(قوله يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) يتربصن ينتظرن. والتربص الانتظار قال الله تعالى فتربصوا فستعلمون. واختلف أهل العلم في الاقراء فذهب قوم الى أنها الأطهار وهو مذهب الشافعي رحمه الله وذهب قوم الى أنها الحيض وأهل اللغة يقولون ان القرء يقع على الحيض وعلى الطهر جميعا وهو عندهم من الاضداد. وأصل القرء الجمع يقال قريت الماء في الحوض أي جمعته، فكأن الدم يجتمع في الرحم ثم يخرج. وقال بعضهم القارىء الوقت قال * اذا هبت لقارئها الرياح * أي لوقتها فلما كان الحيض يجيء لوقت والطهر لوقت سمي كل واحد منهما قرءا (قوله فاذا طعنت في الحيضة) أي دخلت يقال طعن في السن يطعن اذا كبر وطعن في الليل اذا سار فيه كله

لم يؤثر ذلك فى العدة لأنها انقضت العدة وتعلق بها حق الزوج فلم يبطل فان حاضت بعد العدة وقبل النكاح ففيه وجهان أحدهما لايلزمها الاعتداد بالأقراء لانا حكمنا بانقضاء العدة فلم يبطل بما حدث بعده والثانى يلزمها لانها صارت من ذوات الاقراء قبل تعلق حق الزوج بها فلزمها الاعتداد بالأقراء فان قلنا بقوله الجديد انها تقعد الى الاياس ففى الاياس قولان أحدهما يعتبر اياس أقاربها لأنها أقرب اليهن والثانى يعتبر اياس نساء العالم وهو أن تبلغ اثنتين وستين سنة لانه لايتحقق الاياس فيما دونها فاذا تربصت قدر الاياس اعتدت بعد ذلك بالاشهر لأن ما قبلها لم يكن عدة وانما اعتبر ليعلم أنها ليست من ذوات الاقراء

﴿ فصل ﴾ وان كانت ممن لاتحيض ولا يحيض مثلها كالصغيرة والكبيرة الآيسة اعتدت بثلاثة أشهر لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن فان كان الطلاق فى أول الهلال اعتدت بثلاثة أشهر بالاهلة لأن الاشهر فى الشرع بالأهلة والدليل عليه قوله عز وجل يسألونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس والحج وان كان الطلاق فى أثناء الشهر اعتدت بقية الشهر ثم اعتدت بشهرين بالاهلة ثم تنظر عدد ما اعتدت من الشهر الأول وتضيف اليه من الشهر الرابع ما يتم به ثلاثون يوما وقال أبو محمد عبد الرحمن ابن بنت الشافعى رحمه الله اذا طلقت المرأة فى أثناء الشهر اعتدت بثلاثة أشهر بالعدد كاملة لأنها اذا فاتها الهلال فى الشهر الأول فاتها فى كل شهر فاعتبر العدد فى الجميع وهذا خطأ لانه لم يتعذر اعتبار الهلال الا فى الشهر الأول فلم يسقط اعتباره فيما سواه

﴿ فصل ﴾ وان كانت ممن لاتحيض ولكنها فى سن تحيض فيه النساء اعتدت بالشهور لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن ولأن الاعتبار بحال المعتدة لا بعادة النساء والدليل عليه أنها لو بلغت سنا لاتحيض فيه النساء وهى تحيض كانت عدتها بالأقراء اعتبارا بحالها فكذلك اذا لم تحض فى سن تحيض فيه النساء وجب أن تعتد بالأشهر اعتبارا بحالها وان ولدت ولم تر حيضا قبله ولا نفاسا بعده ففى عدتها وجهان أحدهما وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله أنها تعتد بالشهور للآية والثانى انها لاتعتد بالشهور بل تكون كمن تباعد حيضها من ذوات الأقراء لأنه لايجوز أن تكون من ذوات الاحبال ولا تكون من ذوات الاقراء

﴿ فصل ﴾ واذا شرعت الصغيرة فى العدة بالشهور ثم حاضت لزمها الانتقال الى الأقراء لأن الشهور بدل عن الاقراء فلا يجوز الاعتداد بها مع وجود أصلها وهل يحسب ما مضى من الاشهر قرءا فيه وجهان أحدهما يحتسب به وهو قول أبى العباس لأنه طهر بعده حيض فاعتدت به قرءا كما لو تقدمه حيض والثانى وهو قول أبى اسحق انه لايحتسب به كما اذا اعتدت بقرأين ثم أيست لزمها الاستئناف ثلاثة أشهر ولم يحتسب ما مضى من زمان الاقراء شهرا وان انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت لم يلزمها الاستئناف للعدة بالاقراء لأن هذا معنى حدث بعد انقضاء العدة وان شرعت فى العدة بالاقراء ثم ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم الأقراء اذا قلنا ان الحامل تحيض لأن الاقراء دليل على براءة الرحم من جهة الظاهر والحمل دليل على براءة الرحم من جهة القطع والظاهر اذا عارضه قطع سقطت دلالته كالقياس اذا عارضه نص وان اعتدت بالاقراء ثم ظهر حمل من الزوج لزمها الاعتداد بالحمل ويخالف اذا اعتدت بالشهور ثم حاضت لأن ما رأت من الحيض لم يكن موجودا فى حال العدة وانما حدث بعدها والحمل من الزوج كان موجودا فى حال العدة بالاقراء فسقط معه حكم الاقراء

﴿ فصل ﴾ وان كانت المطلقة أمة نظرت فان كانت حاملا اعتدت بالحمل لما ذكرناه فى الحرة وان كانت من ذوات الاقراء اعتدت بقرأين لما روى جابر عن عمر رضى الله عنه أنه جعل عدة الامة حيضتين ولأن القياس اقتضى أن تكون قرءا ونصفا كما كان حدها على النصف الا أن القرء لايتبعض فكمل فصارت قرأين ولهذا روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال لو استطعت أن أجعل عدة الامة حيضة ونصفا لفعلت وان كانت من ذوات الشهور ففيه ثلاثة أقوال أحدها أنها تعتد بشهرين لان الشهور بدل من الاقراء فكانت بعددها كالشهور فى عدة الحرة والثانى أنها تعتد بثلاثة أشهر لأن براءة الرحم لاتحصل الا بثلاثة أشهر

(قوله اذا شرعت الصغيرة فى العدة) يقال شرعت فى الامر شروعا أى خضت. وشرعت الدواب فى الماء أى دخلت فيه . وأصله الطريق الى الماء وهى المشرعة، و به سمى الشرع والشارع أى الزقاق

لأن الحمل يمكث أربعين يوما نطفة ثم أربعين يوما علقة ثم أربعين يوما مضغة ثم يتحرك و يعلو جوف المرأة فيظهر الحمل والثالث انها تعتد بشهر ونصف لأن القياس يقتضى أن تكون على النصف من الحرة كما قلنا فى الحد ولأن القرء لا يتبعض فكمل والشهور تتبعض فتبعضت كما نقول فى المحرم اذا وجب عليه نصف مد فى جزاء الصيد وأراد أن يكفر بالصوم صام يوما لأنه لا يتبعض وان أراد أن يكفر بالاطعام أخرج نصف مد

﴿ فصل ﴾ وان أعتقت الأمة قبل الطلاق اعتدت بثلاثة اقراء لانه وجبت عليها العدة وهى حرة وان انقضت عدتها بقرأين ثم أعتقت لم يلزمها زيادة لأنها اعتدت على حسب حالها فلم يلزمها زيادة كما لو اعتدت من لم تحض بالشهور ثم حاضت أو اعتدت ذات الاقراء بالاقراء ثم صارت آيسة فان أعتقت فى أثناء العدة ففيه ثلاثة أقوال أحدها تتم عدة أمة لأنه عدد محصور يختلف بالرق والحرية فاعتبر فيه حال الوجوب كالحد . والثانى انها ان كانت رجعية أتمت عدة حرة وان كانت بائنا أتمت عدة أمة كما نقول فيمن مات عنها زوجها انها ان كانت رجعية انتقلت الى عدة الوفاة وان كانت بائنا لم تنتقل والثالث وهو الصحيح انه يلزمها أن تتم عدة حرة لأن الاعتبار فى العدة بالانتهاء ولهذا لو شرعت فى الاعتداد بالشهور ثم حاضت انتقلت الى الاقراء

﴿ فصل ﴾ وان وطئت امرأة بشبهة وجبت عليها العدة لأن وطء الشبهة كالوطء فى النكاح فى النسب فكان كالوطء فى النكاح فى ايجاب العدة فان زنى بامرأة لم تجب عليها العدة لأن العدة لحفظ النسب والزانى لا يلحقه نسب

﴿ فصل ﴾ ومن مات عنها زوجها وجبت عليها العدة دخل بها أولم يدخل لقوله عز وجل والذين يتوفون منكم و يذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا فان كانت حائلا وهى حرة اعتدت بأربعة أشهر وعشر للآية وان كانت أمة اعتدت بشهرين وخمس ليال لأنا دللنا على أن عدتها بالاقراء على النصف الا انه لما لم يتبعض جعلناه قرأين والشهور تتبعض فوجب عليها نصف ما يجب على الحرة وان كانت حاملا بولد يلحق بالزوج اعتدت بوضعه لما روت أم سلمة رضى الله عنها قالت ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال قد حللت فانكحى وان كانت حاملا بولد لا يلحق الزوج كامرأة الطفل لم تعتد بالحمل منه لأنه لا يمكن أن يكون منه فلم تعتد به منه كامرأة الكبير اذا طلقها وأتت بولد لدون ستة أشهر من حين العقد فان كان الحمل لاحقا برجل وطئها بشبهة اعتدت به منه واذا وضعت اعتدت عن الطفل بالشهور لانه لا يجوز أن تعتد عن شخصين فى وقت واحد وان كان عن زنا احتسبت بما مضى من الشهور فى حال الحمل عن عدة وفاة الطفل لأن الحمل عن الزنا لا حكم له فلا يمنع من الاعتداد بالشهور وان طلق امرأته طلاقا رجعيا ثم مات عنها وهى فى العدة اعتدت بعدة الوفاة لأنه توفى عنها وهى زوجته

﴿ فصل ﴾ وان طلق احدى امرأتيه بعينها ثلاثا ومات قبل أن يبين نظرت فان لم يدخل بهما اعتدت كل واحدة منهما أربعة أشهر وعشرا لأن كل واحدة منهما يجوز أن تكون هى الزوجة فوجبت العدة عليهما ليسقط الفرض بيقين كمن نسى صلاة من صلاتين لا يعرف عينها وان دخل بهما فان كانتا حاملتين اعتدتا بوضع الحمل لأن عدة الطلاق والوفاة فى الحمل واحدة وان كانتا من ذوات الشهور اعتدتا بأربعة أشهر وعشر لأنها تجمع عدة الطلاق والوفاة وان كانتا من ذوات الاقراء اعتدتا بأقصى الأجلين من أربعة أشهر وعشر أو ثلاثة اقراء وابتداء الاشهر من موت الزوج وابتداء الاقراء من وقت الطلاق ليسقط الفرض بيقين وان اختلفت صفتهما فى العدة كان حكم كل واحدة منهما على الانفراد كحكمها اذا اتفقت صفتهما وقد بيناه وان طلق احداهما لا بعينها ومات قبل أن يعين فالحكم فيه على ما ذكرناه اذا كانت المطلقة معينة ومات قبل أن يبين الا فى شىء واحد وهو أنا متى أمرناها بالاعتداد بالشهور أو الاقراء فان ابتداء الاشهر من حين الموت فأما الاقراء فان قلنا على أحد

(قوله وان وطئت امرأة بشبهة) فى مواضع من الكتاب الشبهة الالتباس والمشتبهات من الامور المشكلات، والمتشابهات المتماثلات والتشبيه التمثيل، فيحتمل حينئذ أمرين أحدهما أن تلتبس امرأة فيظنها زوجته أو أمته فيطؤها والثانى أن تكون مثل زوجته فى الخلقة والصورة وهما متقاربان فى المعنى (قوله فان كانت حائلا) ضد الحامل مشتق من الحول الذى هو السنة. وقال أبو عبيد الحائل التى وطئت فلم تحمل، يقال حالت الناقة حيالا اذا لم تحمل (قوله بأقصى الأجلين) بأبعدهما والقصى البعيد

الوجهين ان ابتداء العدة من حين يلفظ بالطلاق كان ابتداء الاقراء من حين الطلاق وان قلنا بالوجه الآخر ان ابتداء العدة من حين التعيين كان ابتداء الاقراء من حين الموت لان بالموت وقع الاياس من بيانه وقبل الموت لم ييأس من بيانه

﴿ فصل ﴾ اذا فقدت المرأة زوجها وانقطع عنها خبره ففيه قولان أحدهما وهو قوله فى القديم ان لها ان تفسخ النكاح ثم تتزوج لما روى عمرو بن دينار عن يحيى بن جعدة أن رجلا استهوته الجن فغاب عن امرأته فأتت عمر بن الخطاب رضى الله عنه فأمرها أن تمكث أربع سنين ثم أمرها أن تعتد ثم تتزوج ولأنه اذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالتعنين وتعذر النفقة بالاعسار فلأن يجوز ههنا وقد تعذر الجميع أولى والثانى وهو قوله فى الجديد وهو الصحيح انه ليس لها الفسخ لانه اذا لم يجز الحكم بموته فى قسمة ماله لم يجز الحكم بموته فى نكاح زوجته وقول عمر رضى الله عنه يعارضه قول على عليه السلام تصبر حتى يعلم موته ويخالف فرقة التعنين والاعسار بالنفقة لان هناك ثبت سبب الفرقة بالتعنين وههنا لم يثبت سبب الفرقة وهو الموت فان قلنا بقوله القديم قعدت أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج لما رويناه عن عمر رضى الله عنه ولان بمضى أربع سنين يتحقق براءة رحمها ثم تعتد لان الظاهر انه مات فوجب عليها عدة الوفاة قال أبو اسحق يعتبر ابتداء المدة من حين أمرها الحاكم بالتربص ومن أصحابنا من قال يعتبر من حين انقطع خبره والاول أظهر لان هذه المدة ثبتت بالاجتهاد فافتقرت الى حكم الحاكم كمدة التعنين وهل يفتقر بعد انقضاء العدة الى الحكم بالفرقة فيه وجهان أحدهما انه لا يفتقر لان الحكم بتقدير المدة حكم بالموت بعد انقضائها والثانى انه يفتقر الى الحكم لانه فرقة مجتهد فيها فافتقرت الى الحاكم كفرقة التعنين وهل تقع الفرقة ظاهرا او باطنا فيه وجهان أحدهما تقع ظاهرا او باطنا فان قدم الزوج وقد تزوجت لم يجز أن ينتزعها من الزوج لانه فسخ مختلف فيه فنفذ فيه الحكم ظاهرا او باطنا كفرقة التعنين والثانى ينفذ فى الظاهر دون الباطن لان عمر رضى الله عنه جعل للمفقود لما رجع أن يأخذ زوجته وان قلنا بالقول الجديد انها باقية على نكاح الزوج فان تزوجت بعد مدة التربص وانقضاء العدة فالنكاح باطل فان قضى لها حاكم بالفرقة فهل يجوز نقضه على قوله الجديد فيه وجهان أحدهما لا يجوز لانه حكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد والثانى أنه يجوز لانه حكم مخالف لقياس جلى وهو أنه لا يجوز أن يكون حيا فى ماله ميتا فى نكاح زوجته

﴿ فصل ﴾ وان رجع المفقود فان قلنا بقوله الجديد سلمت الزوجة اليه وان قلنا بقوله القديم وقلنا ان حكم الحاكم لا ينفذ فى الباطن سلمت اليه وان قلنا انه ينفذ ظاهرا او باطنا لم تسلم اليه وان فرق الحاكم بينهما وتزوجت ثم بان أن المفقود كان قد مات وقت الحكم بالفرقة فان قلنا بقوله القديم صح النكاح سواء قلنا ان الحكم ينفذ فى الظاهر دون الباطن أو قلنا انه ينفذ فى الباطن دون الظاهر لان الحكم أباح لها النكاح وقد بان أن الباطن كالظاهر وان قلنا بقوله الجديد ففى صحة النكاح الثانى وجهان بناء على القولين فيمن وصى بمكاتبه ثم تبين أن الكتابة كانت فاسدة

﴿ باب مقام المعتدة والمكان الذى تعتد فيه ﴾

اذا طلقت المرأة فان كان الطلاق رجعيا كان سكناها حيث يختار الزوج من المواضع التى تصلح لسكنى مثلها لانها تجب لحق الزوجية وان كان الطلاق بائنا نظرت فان كان فى بيت يملك الزوج سكناه بملك أو اجارة أو اعارة فان كان الموضع يصلح لسكنى مثلها لزمها أن تعتد فيه لقوله عز وجل أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم فأوجب أن تسكن فى الموضع الذى كان يسكن الزوج فيه فان كان الموضع يضيق عليهما انتقل الزوج وترك السكنى لها لأن سكناها تختص بالموضع الذى طلقها فيه وان اتسع الموضع لها وأراد أن يسكن معها نظرت فان كان فى الدار موضع منفرد يصلح لسكنى مثلها كالحجرة أو علو الدار أو سفلها و بينهما باب مغلق فسكنت فيه وسكن الزوج فى الثانى جاز لأنهما كالدارين المتجاورتين فان لم يكن بينهما باب مغلق فان كان لها

(قوله استهوته الجن) قال ابن عرفة أى ذهبت به. وقال غيره استمالته أى أضلته الشياطين فهوى أى أسرع الى ما دعته اليه. وقال الجوهرى استهوته الشياطين أى استهامته (قوله يسوغ فيه الاجتهاد) فى مواضع من الكتاب أى يحسن جوازه و يليق الحكم به. من ساغ الشراب يسوغ اذا سهل مدخله فى الحلق، قال الله تعالى ولا يكاد يسيغه. وأساغ غصته بالماء اذا سهلها (قوله من وجدكم) أى من غناكم. والوجد والجدة فى المال الغنى والسعة والقدرة عليه ومنه قوله ﷺ لى الواجد يحل عقوبته وعرضه

موضع تستتر فيه ومعها محرم لها تتحفظ به كره لأنه لا يؤمن النظر ولا يحرم لأن مع المحرم يؤمن الفساد فان لم يكن محرم لم يجز لقوله عليه السلام لا يخلون رجل بامرأة ليست له بمحرم فان ثالثهما الشيطان

﴿ فصل ﴾ وان أراد الزوج بيع الدار التي تعتد فيها نظرت فان كانت مدة العدة غير معلومة كالعدة بالحمل أو بالأقراء فالبيع باطل لأن المنافع في مدة العدة مستثناة فيصير كما لو باع الدار واستثنى منفعة مجهولة فان كانت مدة العدة معلومة كالعدة بالشهور ففيه طريقان أحدهما أنها على قولين كبيع الدار المستأجرة والثاني أنه يبطل قولا واحدا والفرق بينهما أن منفعة الدار تنتقل الى المستأجر ولهذا اذا مات انتقل الى وارثه فلا يكون في معنى من باع الدار واستثنى بعض المنفعة والمرأة لا تنتقل المنفعة اليها في مدة العدة ولهذا اذا ماتت رجعت منافع الدار الى الزوج فيكون في معنى من باع الدار واستثنى منفعتها لنفسه

﴿ فصل ﴾ وان حجر على الزوج بعد الطلاق لديون عليه لم يبع المسكن حتى تنقضي العدة لأن حقها يختص بالعين فقدمت كما يقدم المرتهن على سائر الغرماء وان حجر عليه ثم طلق ضاربت المرأة الغرماء بحقها فان بيعت الدار استؤجر لها بحقها مسكن تسكن فيه لأن حقها وان ثبت بعد حقوق الغرماء الا أنه يستند الى سبب متقدم وهو الوطء في النكاح فان كانت لها عادة فيما تنقضي به عدتها ضاربت بالسكنى في تلك المدة فان انقضت العدة فيما دون ذلك ردت الفاضل على الغرماء فان زادت مدة العدة على العادة ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنها ترجع على الغرماء بما بقي لها كما ردت الفاضل اذا انقضت عدتها فيما دون العادة والثاني لا ترجع عليهم لأن الذي استحقت الضرب به قدر عادتها والثالث ان كانت عدتها بالأقراء لم ترجع لأن ذلك لا يعلم الا من جهتها وهي متهمة وان كانت بوضع الحمل أقامت البينة على وضع الحمل ورجعت عليهم لأنه لا يلحقها فيه تهمة فان لم يكن لها عادة فيما تنقضي به عدتها ضربت معهم بأجرة أقل مدة تنقضي بها العدة لأنه يقين فلا يجب ما زاد بالشك فان زادت العدة على أقل ما تنقضي به العدة كان الحكم في الرجوع بالزيادة على ماذكرناه اذا زادت على العادة

﴿ فصل ﴾ وان طلقت وهي في مسكن لها لزمها أن تعتد به لأنه مسكن وجبت فيه العدة ولها أن تطالب الزوج بأجرة المسكن لأن سكناها عليه في العدة

﴿ فصل ﴾ وان مات الزوج وهي في العدة قدمت على الورثة في السكنى لانها استحقتها في حال الحياة فلم تسقط بالموت كما لو أجر داره ثم مات فان أراد الورثة قسمة الدار لم يكن لهم ذلك لأن فيها اضرارا بها في التضييق عليها وان أرادوا التمييز بأن يعلموا عليها بخطوط من غير نقض ولا بناء فان قلنا ان القسمة تمييز الحقين جاز لأنه لا ضرر عليها وان قلنا انها بيع فعلى ما بيناه

﴿ فصل ﴾ وان توفي عنها زوجها وقلنا انها تستحق السكنى فان كانت في مسكن الزوج لزمها أن تعتد فيه لما روت فريعة بنت مالك أن زوجها قتل فقال لها النبي ﷺ امكثي حتى يبلغ الكتاب أجله وان لم تكن في مسكن الزوج وجب من تركته أجرة مسكنها مقدمة على الميراث والوصية لأنه دين مستحق فقدم وان زاحمها الغرماء ضاربتهم بقدر حقها فان لم يكن له مسكن فعلى السلطان سكناها لما في عدتها من حق الله تعالى وان قلنا لا تجب لها السكنى اعتدت حيث شاءت فان تطوع الورثة بالسكنى من مالهم وجب عليها الاعتداد فيه

﴿ فصل ﴾ وان أمر الزوج امرأته بالانتقال الى دار أخرى فخرجت بنية الانتقال ثم مات أو طلقها وهي بين الدارين ففيه وجهان أحدهما أنها تخير بين الدارين في الاعتداد لأن الاولى خرجت عن أن تكون مسكنا لها بالخروج منها والثانية لم تصر مسكنا لها والثاني وهو الصحيح أنه يلزمها الاعتداد في الثانية لأنها مأمورة بالمقام فيها ممنوعة من الاولى

﴿ فصل ﴾ وان أذن لها في السفر فخرجت من البيت بنية السفر ثم وجبت العدة قبل أن تفارق البنيان ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري أن لها أن تعود ولها أن تمضي في سفرها لأن العدة وجبت بعد الانتقال من موضع العدة فصار كما لو فارقت البنيان والثاني وهو قول أبي اسحاق انه يلزمها أن تعود وتعتد لأنه لم يثبت لها حكم السفر فان وجبت العدة وقد فارقت البنيان فان كان في سفر نقلة ففيه وجهان كما قلنا فيمن طلقت وهي بين الدار التي كانت فيها وبين الدار التي أمرت بالانتقال اليها فان كانت في سفر حاجة فلها أن تمضي في سفرها ولها أن تعود لان في قطعها عن السفر مشقة وان وجبت العدة

وقد وصلت الى المقصد فان كان للبقاء لزمها أن تقيم وتعتد لأنه صار كالوطن الذى وجبت فيه العدة فان كان لقضاء حاجة فلها أن تقيم الى ان تنقضى الحاجة فان كان لزيارة أو نزهة فلها أن تقيم مقام مسافر وهو ثلاثة أيام لأن ذلك ليس باقامة فان قدر لها الاقامة مدة من شهر أو شهرين ففيه قولان أحدهما ان لها ان تقيم المدة وهو اختيار المزنى لأنه مأذون فيه والثانى انها لا تقيم أكثر من اقامة المسافر وهو ثلاثة أيام لأنه لم يأذن فى المقام على الدوام فلم تزد على ثلاثة أيام فان انقضى ما جعل لها من المقام نظرت فان علمت أنها اذا عادت الى البلد أمكن أن تقضى شيئا من عدتها ولم يمنعها خوف الطريق لزمها العود لتقضى العدة فى مكانها وان علمت أنها اذا عادت لم يبق منها شىء ففيه وجهان أحدهما لا يلزمها لانها لا تقدر على العدة فى مكانها والثانى يلزمها لتكون أقرب الى الموضع الذى وجبت فيه العدة

﴿ فصل ﴾ اذا أحرمت بالحج ثم وجبت عليها العدة فان لم تخش فوات الحج اذا قعدت للعدة لزمها أن تقعد للعدة ثم تحج لانه يمكن الجمع بين الحقين فلم يجز اسقاط أحدهما بالآخر فان خشيت فوات الحج وجب عليها المضى فى الحج لانهما استويا فى الوجوب وتضيق الوقت والحج أسبق فقدم وان وجبت العدة ثم أحرمت بالحج لزمها القعود للعدة لانه لا يمكن الجمع بينهما والعدة أسبق فقدمت

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز للمبتوتة ولا للمتوفى عنها زوجها الخروج من موضع العدة من غير عذر لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة وروت زينب بنت كعب بن عجرة عن فريعة بنت مالك قالت قلت لرسول الله ﷺ انى فى دار وحشة أفأنتقل الى دار أهلى فأعتد عندهم فقال اعتدى فى البيت الذى أتاك فيه وفاة زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله أربعة أشهر وعشرا

﴿ فصل ﴾ وان بذت على أهل زوجها نقلت عنهم لقوله تعالى ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة قال ابن عباس رضى الله عنه الفاحشة المبينة أن تبذو على أهل زوجها فاذا بذت على الاهل حل اخراجها وأما اذا بذا عليها أهل زوجها نقلوا عنها ولم تنتقل لان الاضرار منهم دونها وان خافت فى الموضع ضررا من هدم أو غيره انتقلت لانها اذا انتقلت للبذاء على أهل زوجها فلأن تنتقل من خوف الهدم أولى ولان القعود للعدة لدفع الضرر عن الزوج فى حفظ نسب ولده والضرر لا يزال بالضرر فان كانت العدة فى موضع بالاعارة فرجع المعير أو بالاجارة فانقضت المدة وامتنع المؤجر من الاجارة أو طلب أكثر من أجرة المثل انتقلت الى موضع آخر لأنه حال عذر ولا تنتقل فى هذه المواضع الا الى أقرب موضع من الموضع الذى وجبت فيه العدة لانه أقرب الى موضع الوجوب كما قلنا فيمن وجبت عليه الزكاة فى موضع لا يجد فيه أهل السهمان انه ينقل الزكاة الى أقرب موضع منه وان وجب عليها حق لا يمكن الاستيفاء الا بها كاليمين فى دعوى أو حد فان كانت ذات خدر بعث اليها السلطان من يستوفى الحق منها وان كانت برزة جاز احضارها لانه موضع حاجة فاذا قضت ما عليها رجعت الى مكانها وان احتاجت الى الخروج لحاجة كشراء القطن وبيع الغزل لم يجز أن تخرج لذلك بالليل لما روى مجاهد قال استشهد رجال يوم أحد فتأيم نساؤهم فجئن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقلن يا رسول الله انا نستوحش بالليل ونبيت عند احدانا حتى اذا أصبحنا بادرنا الى بيوتنا فقال رسول الله ﷺ تحدثن عند احداكن ما بدا لكن حتى اذا أردتن النوم فلتؤب كل امرأة الى بيتها ولان الليل مظنة للفساد فلا يجوز لها الخروج من غير ضرورة وان أرادت الخروج لذلك بالنهار نظرت فان كانت فى عدة الوفاة جاز لحديث مجاهد وان كانت فى عدة المبتوتة ففيه قولان قال فى القديم لا يجوز لقوله تعالى ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة وقال فى الجديد

(قوله فى دار وحشة) باسكان الحاء واضافة الدار اليها وأصله المكان القفر من الانيس يقال بلد وحش بالتسكين أى قفر وأوحش المنزل صار كذلك (قوله ان بذت على أهل زوجها) البذاء بالمد الفحش وفلان بذى اللسان والمرأة بذية تقول منه بذيت وبذوت وبذا الرجل يبذو (قوله فان كانت ذات خدر) الخدر الستر وجارية مخدرة اذا لزمت الخدر وأسد خادر وخدره الاجمة وهى الغيضة وضدها البرزة وهى غير المستترة بل ظاهرة وقد ذكر (قوله فتأيم نساؤهم) أى صرن أيامى جمع أيم وهى التى لا زوج لها والرجل أيضا أيم أى لا زوجة له (قوله ما بدا لكن) أى ما تبين وظهر لكن من شهوة الحديث (قوله فلتؤب) أى فلترجع يقال آب الى وطنه أى رجع اليه ومنه قوله تعالى ان للمتقين مآبا أى مرجعا وفى بعض النسخ فلتأت من الاتيان (قوله مظنة للفساد) مظنة الشىء موضعه

يجوز وهو الصحيح لما روى جابر رضى الله عنه قال طلقت خالتي ثلاثا فخرجت تجد نخلالها فلقيها رجل فنهاها فأتت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فقال لها اخرجي فجدي نخلك لعلك أن تصدقي منه أو تفعلي خيرا ولانها معتدة بائن فجاز لها أن تخرج بالنهار لقضاء الحاجة كالمتوفى عنها زوجها

﴿ باب الاحداد ﴾

الاحداد ترك الزينة ومايدعو الى المباشرة ويجب ذلك فى عدة الوفاة لما روت أم سلمة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المتوفى عنها زوجها لاتلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلى ولا تختضب ولا تكتحل ولا يجب ذلك على المعتدة الرجعية لانها باقية على الزوجية ولا يجب على أم الولد اذا توفى عنها مولاها ولا على الموطوأة بشبهة لما روت أم حبيبة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا واختلف قوله فى المعتدة المبتوتة فقال فى القديم يجب عليها الاحداد لانها معتدة بائن فلزمها الاحداد كالمتوفى عنها زوجها وقال فى الجديد لا يجب عليها الاحداد لأنها معتدة من طلاق فلم يلزمها الاحداد كالرجعية

﴿فصل﴾ ومن لزمها الاحداد حرم عليها أن تكتحل بالاثمد والصبر وقال أبو الحسن الماسرجسى ان كانت سوداء لم يحرم عليها والمذهب أنه يحرم لما ذكرنا من حديث أم سلمة ولانه يحسن الوجه ويجوز أن تكتحل بالأبيض كالتوتيا لانه لايحسن بل يزيد العين مرها فان احتاجت الى الاكتحال بالصبر والاثمد اكتحلت بالليل وغسلته بالنهار لما روت أم سلمة قالت دخل على رسول الله ﷺ حين توفى أبو سلمة وقد جعلت على عينى صبرا فقال ماهذا ياأم سلمة قلت انما هو صبر ليس فيه طيب فقال انه يشب الوجه لاتجعليه الا بالليل وتنزعيه بالنهار

﴿فصل﴾ ويحرم عليها أن تختضب لحديث أم سلمة ولانه يدعو الى المباشرة ويحرم عليها أن تحمر وجهها بالدمام وهو الكلكون وأن تبيضه باسفيذاج العرائس لان ذلك أبلغ فى الزينة من الخضاب فهو بالتحريم أولى ويحرم عليها ترجيل الشعر لانه يحسنها ويدعو الى مباشرتها

﴿فصل﴾ ويحرم عليها أن تطيب لما روت أم عطية أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لاتحد المرأة فوق ثلاثة أيام الا على زوج فانها تحد أربعة أشهر وعشرا لاتكتحل ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب ولا تمس طيبا الا عند طهرها من محيضها

وما ألفه الذى يظن كونه فيه والجمع المظان وروى مطية بالطاء المهملة والياء أى مركب الفساد لخفاء مايعمل فيه. وسميت مطية لانها يركب مطاها أى ظهرها (قوله تجد نخلالها) أى تقطعه والجداد فى النخل كالحصاد فى الزرع

﴿ ومن باب الاحداد ﴾

أصل الحد المنع ومنه قيل للبواب حداد. وأحدت وحدت اذا امتنعت من الزينة والخضاب يقال حدت تحد وتحد حدادا فهى حاد (قوله ولا الممشق) هو المصبوغ بالمشق وهو المغرة الطين الأحمر. والتوتيا دواء يجعل فى العين (قوله يزيد العين مرها) يقال مرهت العين مرها اذا فسدت لترك الكحل وهى عين مرهاء وامرأة مرهاء والرجل أمره قال رؤبة

لله در الغانيات المره * سبحن واسترجعن من تألهى

(قوله يشب الوجه) أى يحسنه ويظهر لونه من شب النار اذا ألهبها وأوقدها ويقال شعرها يشب لونها أى يظهره ويحسنه ويقال للجميل انه لمشبوب قال ذو الرمة

اذا الاروع المشبوب أضحى كأنه * على الرحل مما مسه السير أحمق

(قوله بالدمام وهو الكلكون) وروى بضم الكاف وسكون اللام قال الجوهرى الدمام بالكسر دواء يطلى به جبهة الصبى وظاهر عينيه. وكل شىء طلى به فهو دمام وقد دممت الشىء أدمه بالضم أى طليته بأى صبغ كان والمدموم الأحمر قال الشاعر

تجلو بقادمتى حمامة أيكة * بردا تعل لثاته بدمام

والكلكون فارسى والاسفيذاج صبغ أبيض (قوله الا ثوب عصب) العصب ضرب من برود اليمن. وأصل العصب الشد والليّ وهذه البرود يعصب بعضها ويشد لئلا ينالها الصبغ ثم يصبغ سائرها فاذا صبغ حلوا العصب منها فيبقى موضعه أبيض وسائر الثوب

نبـذة من قسط أو أظفار ولان الطيب يحرك الشهوة ويدعو الى المباشرة ولا تأكل شيئا فيه طيب ظاهر ولا تستعمل الأدهان المطيبة كالبان ودهن الورد ودهن البنفسج لانه طيب ولا تستعمل الزيت والشيرج فى الرأس لانه يرجل الشعر ويجوز لها أن تغسل رأسها بالسدر لما روت أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لها امتشطى فقلت بأى شىء أمتشط يارسول الله قال بالسدر تغلفين به رأسك ولان ذلك تنظيف لا تزيين فلم يمنع منه ويجوز أن تقلم الأظفار وتحلق العانة لانه يراد للتنظيف لا للزينة

﴿فصل﴾ ويحرم عليها لبس الحلى لحديث أم سلمة ولانه يزيد فى حسنها ولهذا قال الشاعر

وما الحلى الا زينة لنقيصة * يتمم من حسن اذا الحسن قصرا
فأما اذا كان الجمال موفرا * كحسنك لم يحتج الى أن يزورا

﴿فصل﴾ ويحرم عليها لبس ماصبغ من الثياب للزينة كالاحمر والأصفر والأزرق الصافى والأخضر الصافى لحديث أم عطيـة ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب وأما ماصبغ غزله ثم نسج فقد قال أبو اسحق انه لا يحرم لحديث أم عطية ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب والعصب ماصبغ غزله ثم نسج والمذهب أنه يحرم لان الشافعى رحمه الله نص على تحريم الوشى والديباج وهذا كله صبغ غزله ثم نسج ولان ماصبغ غزله ثم نسج أرفع وأحسن مما صبغ بعد النسج وأما ماصبغ لغير الزينة كالثوب المصبوغ بالسواد للمصيبة وماصبغ للوسخ كالازرق المشبع والاخضر المشبع فانه لا يحرم لانه لا زينة فيه ولا يحرم ماعمل من غزله من غير صبغ كالمعمول من القطن والكتان والابريسم والصوف والوبر لانها وان كانت حسنة الا أن حسنها من أصل الخلقة لا لزينة أدخلت عليها وان عمل على البياض طرز فان كانت كبارا حرم عليها لبسه لانه زينة ظاهرة أدخلت عليه وان كانت صغارا ففيه وجهان أحدهما يحرم كما يحرم قليل الحلى وكثيره والثانى لا يحرم لقلتها وخفائها

﴿باب اجتماع العدتين﴾

اذا طلق الرجل امرأته بعد الدخول وتزوجت فى عدتها بآخر ووطئها جاهلا بتحريمها وجب عليها اتمام عدة الاول واستئناف عدة الثانى ولا تدخل عدة أحدهما فى عدة الآخر لما روى سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها فنكحت فى عدتها فضربها عمر رضى الله عنه وضرب زوجها بمخفقة ضربات ثم قال أيما امرأة نكحت فى عدتها فان كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الاول وكان خاطبا من

مصبوغا يصنع ذلك بالغزل الذى يسدى به دون اللحمة. وقال فى الشامل العصب هو الغزل والعصاب هو الغزال الذى يبيع الغزل (قوله نبذة من قسط أو أظفار) النبذة فعلة من نبذ أى طرح ورمى وكل شىء رميت به وطرحته نبذته والقسط طيب معروف يؤتى به من أرض الحبشة ويقال كسط بالكاف أيضا مثل قوله كشطت وقشطت ويقال كست بالتاء أيضا. والاظفار تؤخذ من البحر تشبه بظفر الانسان (قوله تغلفين به رأسك) أى تطلين وتمشطين يقال تغلف بالغالية وغلف بها لحيته غلفا (قوله ويحرم عليها لبس الحلى) الحلى بفتح الحاء واسكان اللام اسم لكل مايتزين به من الذهب والفضة والجواهر وجمعه حلى بضم الحاء وكسرها (قوله لنقيصة) فعيلة من النقص وهو ضد التمام والنقيصة أيضا العيب وقصر أى لم يتم يقال قصر فى الأمر اذا توانى والتقصير التوانى وترك المبالغة (قوله موفرا) أى كاملا تاما غير ناقص من الوفر وهو المال الكثير (قوله لم يحتج الى أن يزورا) زورت الشىء اذا حسنته وقومته ومنه قول الحجاج امرؤ زور نفسه أى قومها وقول عمر رضى الله عنه يوم السقيفة وكنت زورت فى نفسى كلاما أى حسنته وقومته (قوله الوشى والديباج) نوع من ثياب الحرير غليظ معروف (قوله الابريسم والصوف والوبر) الابريسم الحرير وفيه ثلاث لغات قال ابن السكيت هو الابريسم بكسر الهمزة والراء وفتح السين واللغة الثانية بكسر الهمزة وفتح الراء والسين جميعا والثالثة بكسر الجيم وكذا الاهليلج مثله. والصوف شعر الضأن. والوبر شعر الابل (قوله فضربها بمخفقة) هى الدرة التى يضرب بها وكل ضرب بشىء عريض خفق وقد ذكرنا القافة وأصلها قوفة جمع قائف مثل كافر وكفرة فلما تحركت الواو وانفتح ماقبلها قلبت ألفا ومثله الصاغة والحاكة

الخطاب وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ثم اعتدت من الآخر ولم ينكحها أبدا ولأنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينين فان كانت حائلا انقطعت عدة الأول بوطء الثانى الى أن يفرق بينهما لأنها صارت فراشا للثانى فاذا فرق بينهما أتمت ما بقى من عدة الأول ثم استأنفت العدة من الثانى لانهما عدتان من جنس واحد فقدمت السابقة منهما وان كانت حاملا نظرت فان كان الحمل من الأول انقطعت عدتها منه بوضعه ثم استأنفت العدة من الثانى بالأقراء بعد الطهر من النفاس وان كان الحمل من الثانى انقضت عدتها منه بوضعه ثم أتمت عدة الأول وتقدم عدة الثانى ههنا على عدة الأول لأنه لا يجوز أن يكون الحمل من الثانى وتعتد به من الاول وان أمكن أن يكون من كل واحد منهما عرض على القافة فان ألحقته بالأول انقضت به عدته وان ألحقته بالثانى انقضت به عدته وان ألحقته بهما أو نفته عنهما أو لم تعلم أو لم تكن قافة لزمها أن تعتد بعد الوضع بثلاثة أقراء لانه ان كان من الأول لزمها للثانى ثلاثة أقراء وان كان من الثانى لزمها اكمال العدة من الأول فوجب أن تعتد بثلاثة أقراء ليسقط الفرض بيقين وان لم يمكن أن يكون من واحد منهما ففيه وجهان أحدهما لا تعتد به عن أحدهما لأنه غير لاحق بواحد منهما فعلى هذا اذا وضعت أكملت عدة الأول ثم تعتد من الثانى بثلاثة أقراء والثانى تعتد به عن أحدهما لا بعينه لأنه يمكن أن يكون من أحدهما وطئا ولو أقر به لحقه فانقضت به العدة كالمنفى باللعان فعلى هذا يلزمها أن تعتد بثلاثة أقراء بعد الطهر من النفاس

﴿ فصل ﴾ اذا تزوج رجل امرأة فى عدة غيره ووطئها ففيه قولان قال فى القديم تحرم عليه على التأبيد لما رويناه عن عمر رضى الله عنه أنه قال ثم لا ينكحها أبدا وقال فى الجديد لا تحرم عليه على التأبيد واذا انقضت عدتها من الأول جاز له أن يتزوجها لأنه وطء شبهة فلا يوجب تحريم الموطوأة على الواطئ على التأبيد كالوطء فى النكاح بلا ولى وما روى عن عمر رضى الله عنه فقد روى عن على كرم الله وجهه أنه قال اذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب فخطب عمر رضى الله عنه وقال ردوا الجهالات الى السنة فرجع الى قول على كرم الله وجهه

﴿ فصل ﴾ اذا طلق زوجته طلاقا رجعيا ثم وطئها فى العدة وجبت عليها عدة بالوطء لانه وطء فى نكاح قد تشعث فهو كوطء الشبهة فان كانت من ذوات الأقراء أو من ذوات الشهور لزمها أن تستأنف العدة وتدخل فيها البقية من عدة الطلاق لانهما من واحد وله أن يراجعها فى البقية لأنها من عدة الطلاق فاذا مضت البقية لم يجز أن يراجعها لأنها فى عدة وطء شبهة وان حبلت من الوطء صارت فى عدة الوطء حتى تضع وهل تدخل فيها بقية عدة الطلاق فيه وجهان أحدهما تدخل لأنهما لواحد فدخلت احداهما فى الأخرى كما لو كانتا بالأقراء والثانى لا تدخل لانهما جنسان فلم تدخل احداهما فى الأخرى فان قلنا يتداخلان كانت فى العدتين الى أن تضع لأن الحمل لا يتبعض وله أن يراجعها الى أن تضع لانها فى عدة الطلاق وان قلنا لا يتداخلان فان لم تر دما على الحمل أو رأت وقلنا انه ليس بحيض فهى معتدة بالحمل عن وطء الشبهة الى أن تضع فاذا وضعت أتمت عدة الطلاق وله أن يراجعها فى هذه البقية لأنها فى عدة الطلاق وهل له أن يراجعها قبل الوضع فيه وجهان أحدهما ليس له أن يراجعها لانها فى عدة وطء الشبهة والثانى له أن يراجعها لانها لم تكمل عدة الطلاق فاذا رأت الدم على الحمل وقلنا انه حيض كانت عدتها من الوطء بالحمل وعدتها من الطلاق بالاقراء التى على الحمل لان عليها عدتين احداهما بالأقراء والاخرى بالحمل فجاز أن يجتمعا فاذا مضت ثلاثة أقراء قبل وضع الحمل فقد انقضت عدة الطلاق وان وضعت قبل انقضاء الاقراء فقد انقضت عدة الوطء وعليها اتمام عدة الطلاق فاذا راجعها فى بقية عدة الطلاق صحت الرجعة وان راجعها قبل الوضع ففى صحة الرجعة وجهان على ما ذكرناه فأما اذا كانت قد حبلت من الوطء قبل الطلاق كانت عدة الطلاق بالحمل وعدة الوطء بالأقراء فان قلنا ان عدة الاقراء تدخل فى عدة الحمل كانت عدتها من الطلاق والوطء بالحمل فاذا وضعت انقضت العدتان جميعا وان قلنا لا تدخل عدة الاقراء فى الحمل فان كانت لا ترى الدم على الحمل أو تراه وقلنا انه ليس بحيض فان عدتها من الطلاق تنقضى بوضع الحمل وعليها استئناف عدة الوطء بالأقراء وان كانت ترى الدم وقلنا انه حيض فان سبق الوضع انقضت العدة الاولى وعليها اتمام العدة الثانية فان سبق انقضاء الأقراء انقضت عدة الوطء ولا تنقضى العدة الاولى الا بالوضع

(قوله فى نكاح قد تشعث) قد ذكر. والشعث انتشار الامر يقال لم الله شعثك أى جمع أمرك المنتشر

﴿ فصل ﴾ اذا خالع امرأته بعد الدخول فله أن يتزوجها فى العدة وقال المزنى لا يجوز كما لا يجوز لغيره وهذا خطأ لأن نكاح غيره يؤدى الى اختلاط الانساب ولا يوجد ذلك فى نكاحه وان تزوجها انقطعت العدة وقال أبو العباس لا تنقطع قبل أن يطأها كما لا تنقطع اذا تزوجها أجنبى قبل أن يطأها وهذا خطأ لأن المرأة تصير فراشا بالعقد ولا يجوز أن تبقى مع الفراش عدة ولأنه لا يجوز أن تكون زوجته وتعتد منه ويخالف الأجنبى فان نكاحه فى العدة فاسد فلم تصر فراشا الا بالوطء فان وطئها ثم طلقها لزمها عدة مستأنفة وتدخل فيها بقية الاولى وان طلقها قبل أن يطأها لم يلزمها استئناف عدة لأنها مطلقة فى نكاح قبل المسيس فلم تلزمها عدة كما لو تزوج امرأة وطلقها قبل الدخول وعليها أن تتمم ما بقى عليها من العدة الأولى لانا لو أسقطنا البقية أدى ذلك الى اختلاط المياه وفساد الانساب لانه يتزوج امرأة ويطأها ثم يخلعها ثم يتزوجها آخر فيطأها ثم يخلعها ثم يتزوجها آخر ويفعل مثل ذلك الى أن يجتمع على وطئها فى يوم واحد عشرون وتختلط المياه وتفسد الانساب

﴿ فصل ﴾ اذا طلق امرأته بعد الدخول طلقة ثم راجعها نظرت فان وطئها بعد الرجعة ثم طلقها لزمها أن تستأنف العدة وتدخل فيها بقية العدة الاولى فان راجعها ثم طلقها قبل أن يطأها ففيه قولان أحدهما ترجع الى العدة الاولى وتبنى عليها كما لو خالعها ثم تزوجها فى العدة ثم طلقها قبل أن يطأها والثانى أنها تستأنف العدة وهو اختيار المزنى وهو الصحيح لانه طلاق فى نكاح وطئ فيه فأوجب عدة كاملة كما لو لم يتقدمه طلاق ولا رجعة وتخالف المختلعة لان هناك عادت اليه بنكاح جديد ثم طلقها من غير وطء وههنا عادت الى النكاح الذى طلقها فيه فاذا طلقها استأنفت العده كما لو ارتدت بعد الدخول ثم أسلمت ثم طلقها وان طلقها ثم مضى عليها قرء أو قرآن ثم طلقها من غير رجعة ففيه طريقان قال أبو سعيد الاصطخرى وأبو على بن خيران رحمهما الله هى كالمسئلة قبلها فتكون على قولين وللشافعى رحمه الله ما يدل عليه فانه قال فى تلك المسئلة ويلزم أن نقول ارتجع أو لم يرتجع سواء والدليل عليه أن الطلاق معنى لو طرأ على الزوجية أوجب عدة فاذا طرأ على الرجعية أوجب عدة كالوفاة فى ايجاب عدة الوفاة وقال أبو اسحق تبنى على عدتها قولا واحدا لانهما طلاقان لم يتخللهما وطء ولا رجعة فصار كما لو طلقها طلقتين فى وقت واحد

﴿ فصل ﴾ وان تزوج عبد أمة ودخل بها ثم طلقها طلاقا رجعيا ثم أعتقت الامة وفسخت النكاح ففيه طريقان أحدهما أنها على قولين أحدهما تستأنف العدة من حين الفسخ والثانى لا تستأنف والطريق الثانى أنها تستأنف العدة من الفسخ قولا واحدا لان احدى العدتين من طلاق والاخرى من فسخ فلا تبنى احداهما على الأخرى

﴿ فصل ﴾ واذا خلا الرجل بامرأته ثم اختلفا فى الاصابة فادعاها أحدهما وأنكر الآخر ففيه قولان قال فى الجديد القول قول المنكر لأن الاصل عدم الاصابة وقال فى القديم القول قول المدعى لأن الخلوة تدل على الاصابة

﴿ فصل ﴾ وان اختلفا فى انقضاء العدة بالأقراء فادعت المرأة انقضاءها لزمان يمكن فيه انقضاء العدة وأنكر الزوج فالقول قولها وان اختلفا فى وضع ما تنقضى به العدة فادعت المرأة أنها وضعت ما تنقضى به العدة وأنكر الزوج فالقول قولها لقوله عز وجل ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن فحرج النساء على كتمان ما فى الارحام كما حرج الشهود على كتمان الشهادة فقال ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه ثم يجب قبول شهادة قول الشهود فوجب قبول قول النساء ولأن ذلك لا يعلم الا من جهتها فوجب قبول قولها فيه كما يجب على التابعى قبول ما يخبره به الصحابى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يكن له سبيل الى معرفته الا من جهته وان ادعت المرأة انقضاء العدة بالشهور وأنكر الزوج فالقول قوله لأن ذلك اختلاف فى وقت الطلاق فكان القول فيه قوله

﴿ فصل ﴾ وان طلقها فقالت المرأة طلقنى وقد بقى من الطهر ما يعتد به قرءا وقال الزوج طلقتك ولم يبق شىء من الطهر فالقول قول المرأة لأن ذلك اختلاف فى وقت الحيض وقد بينا أن القول فى الحيض قولها

﴿ فصل ﴾ وان طلقها وولدت واتفقا على وقت الولادة واختلفا فى وقت الطلاق فقال الزوج طلقتك بعد الولادة فلى الرجعة

(قوله فحرج النساء) أى تواعدهن بالحرج وهو الاثم . يقال حرجه وأحرجه أى أثمه . وتحرج أى تأثم . والحرج والتحريج التضييق أيضا

وقالت المرأة طلقتنى قبل الولادة فلا رجعة لك فالقول قول الزوج لأنهما لو اختلفا فى أصل الطلاق كان القول قوله فكذلك اذا اختلفا فى وقته ولأن هذا اختلاف فى قوله وهو أعلم به فرجع اليه وان اتفقا فى وقت الطلاق واختلفا فى وقت الولادة فقال الزوج ولدت قبل الطلاق فلى الرجعة وقالت المرأة بل ولدت بعد الطلاق فلا رجعة لك فالقول قولها لأنهما لو اختلفا فى أصل الولادة كان القول قولها فكذلك اذا اختلفا فى وقتها وان جهلا وقت الطلاق ووقت الولادة وتداعيا السبق فقال الرجل تأخر الطلاق وقالت المرأة تأخرت الولادة فالقول قول الزوج لأن الاصل وجوب العدة و بقاء الرجعة فان جهلا وقتهما أو جهل السابق منهما لم يحكم بينهما لأنهما لا يدعيان حقا وان ادعت المرأة السبق وقال الزوج لا أعرف السابق قال له الحاكم ليس هذا بجواب فاما أن تجيب جوابا صحيحا أو نجعلك ناكلا فان استفتى أفتيناه بما ذكرناه فى المسئلة قبلها وأن للزوج الرجعة لان الاصل وجوب العدة وبقاء الرجعة والورع أن لا يراجعها

﴿فصل﴾ فان أذن لها فى الخروج الى بلد آخر ثم طلقها واختلفا فقالت المرأة نقلتنى الى البلد الآخر ففيه أعتد وقال الزوج بل أذنت لك فى الخروج لحاجة فعليك أن ترجعي فالقول قول الزوج لأنه أعلم بقصده وان مات واختلفت الزوجة والوارث فالقول قولها لأنهما استويا فى الجهل بقصد الزوج ومع الزوجة ظاهر فان الامر بالخروج يقتضى خروجا من غير عود

﴿ باب استبراء الامة وأم الولد ﴾

من ملك أمة ببيع أو هبة أو ارث أو وصية أو غيرها من الاسباب لزمه أن يستبرئها لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبي ﷺ نهى عام أوطاس أن لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض حيضة فان كانت حاملا استبرأها بوضع الحمل لحديث أبى سعيد الخدرى وان كانت حائلا نظرت فان كانت ممن تحيض استبرأها بقرء وفى القرء قولان أحدهما أنه طهر لأنه استبراء فكان القرء فيه الطهر كالعدة والثانى أن القرء حيض وهو الصحيح لحديث أبى سعيد ولان براءة الرحم لا تحصل الا بالحيض فان قلنا ان القرء هو الطهر فان كانت عند وجوب الاستبراء طاهرا كانت بقية الطهر قرءا فان طعنت فى الحيض لم تحل حتى تحيض حيضة كاملة ليعلم براءة رحمها فاذا طعنت فى الطهر الثانى حلت وان كانت حائضا لم تشرع فى القرء حتى تطهر فاذا طعنت فى الحيض الثانى حلت وان قلنا ان القرء هو الحيض فان كانت حال وجوب الاستبراء طاهرا لم تشرع فى القرء حتى تحيض فاذا طعنت فى الطهر الثانى حلت وان كانت حائضا لم تشرع فى القرء الا فى الحيضة الثانية لان بقية الحيض لا تعد قرءا فاذا طعنت فى الطهر الثانى حلت وان وجب الاستبراء وهى ممن تحيض فارتفعت حيضتها كان حكمها فى الانتظار حكم المطلقة اذا ارتفع حيضها وان وجب الاستبراء وهى ممن لا تحيض لصغر أو كبر ففيه قولان أحدهما تستبرأ بشهر لأن كل شهر فى مقابلة قرء والثانى تستبرأ بثلاثة أشهر وهو الصحيح لأن ما دونها لم يجعل دليلا على براءة الرحم

﴿فصل﴾ وان ملكها وهى مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو ذات زوج لم يصح استبراؤها فى هذه الاحوال لأن الاستبراء يراد للاستباحة ولا توجد الاستباحة فى هذه الأحوال وان اشتراها فوضعت فى مدة الخيار أو حاضت فى مدة الخيار فان قلنا انها لا تملك قبل انقضاء الخيار لم يعتد بذلك عن الاستبراء لأنه استبراء قبل الملك وان قلنا انها تملك ففيه وجهان أحدهما لا يعتد به لأن الملك غير تام لانه معرض للفسخ والثانى يعتد به لأنه استبراء بعد الملك وجواز الفسخ لا يمنع الاستبراء كما لو استبرأها وبها عيب لم يعلم به وان ملكها بالبيع أو الوصية فوضعت أو حاضت قبل القبض ففيه وجهان أحدهما لا يعتد به لأن الملك غير تام والثانى يعتد به لانه استبراء بعد الملك وللشافعى رحمه الله ما يدل على كل واحد من الوجهين وان ملكها بالارث صح الاستبراء وان لم تقبض لان الموروث قبل القبض كالمقبوض فى تمام الملك وجواز التصرف

﴿فصل﴾ وان ملك أمة وهى زوجته لم يجب الاستبراء لأن الاستبراء لبراءة الرحم من ماء غيره والمستحب أن يستبرئها لأن الولد من النكاح مملوك ومن ملك اليمين حر فاستحب أن يميز بينهما

﴿ ومن باب استبراء الامة وأم الولد ﴾

هو طلب براءة الرحم من الولد اى خلوه عنه وعدمه يقال فلان برئ من الدين اذا خلا عنه . وقال فى الفائق برئ من المرض و برأ فهو بارئ ومعناه المزايلة والتباعد عنه . قال ومنه برئ من كذا براءة

﴿فصل﴾ وان كانت أمته ثم رجعت اليه بالفسخ أو باعها ثم رجعت اليه بالاقالة لزمه أن يستبرئها لأنه زال ملكه عن استمتاعها بالعقد وعاد بالفسخ فصار كما لو باعها ثم استبرأها فان رهنها ثم فكها لم يجب الاستبراء لأن بالرهن لم يزل ملكه عن استمتاعها لأن له أن يقبلها و ينظر اليها بالشهوة وانما منع من وطئها لحق المرتهن وقد زال حقه بالفكاك فحلت له وان ارتد المولى ثم أسلم أو ارتدت الامة ثم أسلمت وجب استبراؤها لانه زال ملكه عن استمتاعها بالردة وعاد بالاسلام وان زوجها ثم طلقت فان كان قبل الدخول لم تحل له حتى يستبرئها لانه زال ملكه عن استمتاعها وعاد بالطلاق وان كان بعد الدخول وانقضاء العدة ففيه وجهان أحدهما لا تحل له حتى يستبرئها لانه تجدد له الملك على استمتاعها فوجب استبراؤها كما لو باعها ثم اشتراها والثانى تحل له وهو قول أبى على بن أبى هريرة لان الاستبراء يراد لبراءة الرحم وقد حصل ذلك بالعدة

﴿فصل﴾ ومن وجب استبراؤها حرم وطؤها وهل يحرم التلذذ بها بالنظر والقبلة ينظر فيه فان ملكها ممن له حرمة لم يحل له لأنه لا يؤمن أن تكون أم ولد لمن ملكها من جهته وان ملكها ممن لا حرمة له كالمسبية ففيه وجهان أحدهما لا تحل له لان من حرم وطؤها بحكم الاستبراء حرم التلذذ بها كما لو ملكها ممن له حرمة والثانى أنها تحل لما روى عن ابن عمر رضى الله عنه أنه قال خرجت فى سهمى يوم حلولاء جارية كأن عنقها ابريق فضة فما ملكت نفسى أن قمت اليها فقبلتها والناس ينظرون ولان المسبية يملكها حاملا كانت أو حائلا فلا يكون التلذذ بها الا فى ملكه وانما منع من وطئها حتى لا يختلط ماؤه بماء مشرك ولا يوجد هذا فى التلذذ بالنظر والقبلة وان وطئت زوجته بشبهة لم يحل له وطؤها قبل انقضاء العدة لأنه يؤدى الى اختلاط المياه وافساد النسب وهل له التلذذ بها فى غير الوطء على ما ذكرناه من الوجهين فى المسبية لانها زوجته حاملا كانت أو حائلا

﴿فصل﴾ ومن ملك أمة جاز له بيعها قبل الاستبراء لأنا قد بينا أنه يجب على المشترى الاستبراء فلم يجب على البائع لان براءة الرحم تحصل باستبراء المشترى وان أراد تزويجها نظرت فان لم يكن وطئها جاز تزويجها من غير استبراء لأنها لم تصر فراشا له وان وطئها لم يجز تزويجها قبل الاستبراء لأنها صارت بالوطء فراشا له

﴿فصل﴾ وان أعتق أم ولده فى حياته أو عتقت بموته لزمها الاستبراء لأنها صارت بالوطء فراشا له وتستبرأ كما تستبرأ المسبية لأنه استبراء بحكم اليمين فصار كاستبراء المسبية وان أعتقها أو مات عنها وهى مزوجة أو معتدة لم يلزمها الاستبراء لأنه زال فراشه قبل وجوب الاستبراء فلم يلزمها الاستبراء كما لو طلق امرأته قبل الدخول ثم مات ولانها صارت فراشا لغيره فلا يلزمها لاجله استبراء وان زوجها ثم مات ومات الزوج ولم يعلم السابق منهما لم يخل اما أن يكون بين موتهما شهران وخمسة أيام فما دون أو أكثر أو لا يعلم مقدار ما بينهما فان كان بينهما شهران وخمسة أيام فما دون لم يلزمها الاستبراء عن المولى لأنه ان كان المولى مات أولا فقد مات وهى زوجة فلا يجب عليها الاستبراء وان مات الزوج أولا فقد مات المولى بعده وهى معتدة من الزوج فلا يلزمها الاستبراء وعليها أن تعتد بأربعة أشهر وعشر من بعد موت أحدهما لأنه يجوز أن يكون قد مات المولى أولا فعتقت ثم مات الزوج فيلزمها عدة حرة وان كان بين موتهما أكثر من شهرين وخمس ليال لزمها أن تعتد من بعد آخرهما موتا بأكثر الأمرين من أربعة أشهر وعشر أو حيضة لأنه ان مات الزوج أولا فقد اعتدت عنه بشهرين وخمسة أيام وعادت فراشا للمولى فاذا مات لزمها أن تستبرئ بحيضة وان مات المولى أولا لم يلزمها استبراء فاذا مات الزوج لزمها عدة حرة فوجب الجمع بينهما ليسقط الفرض بيقين وان لم يعلم قدر ما بين المدتين من الزمان وجب أن تأخذ بأغلظ الحالين وهو أن يكون بينهما أكثر من شهرين وخمسة أيام فتعتد بأربعة أشهر وعشر أو حيضة ليسقط الفرض بيقين كما يلزم من نسى صلاة من صلاتين قضاء الصلاتين ليسقط الفرض بيقين ولا يوقف لها شىء من تركة الزوج لان الأصل فيها الرق فلم تورث مع الشك

﴿فصل﴾ وان كانت بين رجلين جارية فوطئاها ففيها وجهان أحدهما يجب استبراآن لأنه يجب لحقهما فلم يدخل أحدهما فى الآخر كالعدتين والثانى يجب استبراء واحد لأن القصد من الاستبراء معرفة براءة الرحم ولهذا لا يجب الاستبراء بأكثر من حيضة وبراءة الرحم منهما تحصل باستبراء واحد

(قوله يوم حلولاء) بفتح الحاء وفتح اللام والمد. وأما جلولاء بالجيم وضم اللام ففيه رواية وأنها قرية من قرى فارس

﴿فصل﴾ اذا استبرأ أمته ثم ظهر بها حمل فقال البائع هو منى وصدقه المشترى لحقه الولد والجارية أم ولده والبيع باطل وان كذبه المشترى نظرت فان لم يكن أقر بالوطء حال البيع لم يقبل قوله لان الملك انتقل الى المشترى فى الظاهر فلم يقبل اقراره بما يبطل حقه كما لو باعه عبدا ثم أقر أنه كان غصبه أو أعتقه وهل يلحقه نسب الولد فيه قولان قال فى القديم والاملاء يلحقه لانه يجوز أن يكون ابنا الواحد وهو مملوك لغيره وقال فى البويطى لا يلحقه لأن فيه اضرارا بالمشترى لانه قد يعتقه فيثبت له عليه الولاء واذا كان ابنا لغيره لم يرثه فان كان قد أقر بوطئها عند البيع فان كان قد استبرأها ثم باعها نظرت فان أتت بولد لدون ستة أشهر لحقه نسبه وكانت الجارية أم ولده وكان البيع باطلا وان ولدته لستة أشهر فصاعدا لم يلحقه الولد لأنه لو استبرأها ثم أتت بولد وهى فى ملكه لم يلحقه فلأن لا يلحقه وهى فى ملك غيره أولى فان لم يكن المشترى قد وطئها كانت الجارية والولد مملوكين له وان كان قد وطئها فان أتت بولد لدون ستة أشهر من حين الوطء فهو كما لو لم يطأها لأنه لا يجوز أن يكون منه وتكون الجارية والولد مملوكين له وان أتت بولد لستة أشهر فصاعدا لحقه الولد وصارت الجارية أم ولده لأن الظاهر أنه منه وان لم يكن استبرأها البائع نظرت فان ولدت لدون ستة أشهر من وقت البيع لحق البائع وكانت الجارية أم ولده وكان البيع باطلا وان ولدته لستة أشهر نظرت فان لم يكن قد وطئها المشترى فهو كالقسم قبله لانهما لم تصر فراشا له وان وطئها فولدت لستة أشهر من وطئه عرض الولد على القافة فان ألحقته بالبائع لحق به وان ألحقته بالمشترى لحقه وقد بينا حكم الجميع

كتاب الرضاع

اذا ثار للمرأة لبن على ولد فارتضع منها طفل له دون الحولين خمس رضعات متفرقات صار الطفل ولدا لها فى حكمين فى تحريم النكاح وفى جواز الخلوة وأولاده أولادها وصارت المرأة أما له وأمهاتها جداته وآباؤها أجداده وأولادها اخوته وأخواته واخوتها وأخواتها أخواله وخالاته وان كان الولد ثابت النسب من رجل صار الطفل ولدا له وأولاده أولاده وصار الرجل أباله وآباؤه أجداده وأمهاته جداته وأولاده اخوته وأخواته واخوته وأخواته أعمامه وعماته والدليل عليه قوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة فنص على الأمهات والأخوات فدل على ماسواه وروى ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ أريد على ابنة حمزة بن عبد المطلب فقال انها ابنة أخى من الرضاعة وانه يحرم من الرضاع مثل مايحرم من النسب وروت عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ قال يحرم من الرضاعة مايحرم من الولادة وروت عائشة رضى الله عنها أن أفلح أخا أبى القعيس استأذن عليها فأبت أن تأذن له فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال أفلا أذنت لعمك فقالت يارسول الله انما أرضعتنى المرأة ولم يرضعنى الرجل قال فأذنى له فانه عمك وكان أبو القعيس زوج المرأة التى أرضعت عائشة رضى الله عنها ولأن اللبن حدث للولد والولد لهما فكان المرضع باللبن ولدهما

﴿فصل﴾ وتنتشر حرمة الرضاع من الولد الى أولاده وأولاد أولاده ذكورا كانوا أو اناثا ولا تنتشر الى أمهاته وآبائه واخوته وأخواته ولا يحرم على المرضعة أن تتزوج بأبى الطفل ولا بأخيه ولا يحرم على زوج المرضعة الذى ثار اللبن على ولده أن يتزوج بأم الطفل ولا بأخته لقوله ﷺ يحرم من الرضاع مايحرم من النسب وحرمة النسب فى الولد تنتشر الى أولاده ولا تنتشر الى أمهاته وآبائه ولا الى اخوته وأخواته فكذلك الرضاع

﴿فصل﴾ ولا يثبت تحريم الرضاع فيما يرتضع بعد الحولين لقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فجعل تمام الرضاع فى الحولين فدل على أنه لا حكم للرضاع بعد الحولين وروى يحيى بن سعيد أن رجلا قال لابى موسى

﴿ومن كتاب الرضاع﴾

يقال الرضاع بكسر الراء وفتحها والرضاعة بالفتح لاغير وحكى الهروى الكسر فيها أيضا يقال رضع الصبى أمه رضاعا مثل سمع سماعا وأهل نجد يقولون رضع رضعا مثل ضرب ضربا (قوله أريد على ابنة حمزة) أى طلب وأصله من راد يرود اذا طلب المرعى. وفى المثل الرائد لا يكذب أهله وفى الحديث فليرتد لبوله ومنه قوله تعالى أنا راودته عن نفسه

الاشعري انى مصصت من ثدى امرأتى لبنا فذهب فى بطنى قال أبو موسى لا أراه الا قد حرمت عليك فقال عبد الله بن مسعود انظر ما تفتى به الرجل فقال أبو موسى فما تقول أنت فقال عبد الله لا رضاع الا ما كان فى الحولين قال أبو موسى لا تسألونى عن شئ مادام هذا الحبر بين أظهركم وعن ابن عباس رضى الله عنه قال لا رضاع الا ما كان فى الحولين

﴿ فصل ﴾ ولا يثبت تحريم الرضاع بما دون خمس رضعات وقال أبو ثور يثبت بثلاث رضعات لما روت أم الفضل رضى الله عنها أن رسول الله ﷺ قال لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان فدل على أن الثلاث يحرمن والدليل على أنه لا يحرم ما دون خمس الرضعات ما روت عائشة رضى الله عنها قالت كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخ بخمس معلومات فتوفى رسول الله ﷺ وهن مما يقرأ فى القرآن وحديث أم الفضل يدل على أن الثلاث يحرمن من جهة دليل الخطاب والنص يقدم على دليل الخطاب وهو ما رويناه ولا يثبت الا بخمس رضعات متفرقات لان الشرع ورد بها مطلقا فحمل على العرف والعرف فى الرضعات أن يرتضع ثم يقطعه باختياره من غير عارض ثم يعود اليه بعد زمان ثم يرتضع ثم يقطعه وعلى هذا الى أن يستوفى العدد كما أن العادة فى الأكلات أن تكون متفرقة فى أوقات فأما اذا قطع الرضاع لضيق نفس أو لشئ يلهيه ثم رجع اليه أو انتقل من ثدى الى ثدى كان الجميع رضعة كما أن الأكل اذا قطعه لضيق نفس أو شرب ماء أو لانتقال من لون الى لون كان الجميع أكلة فان قطعت المرضعة عليه ففيه وجهان أحدهما أن ذلك ليس برضعة لانه قطع عليه بغير اختياره والثانى أنه رضعة لان الرضاع يصح بكل واحد منهما ولهذا لو أوجرته وهو نائم ثبت التحريم كما يثبت اذا ارتضع منها وهى نائمة فاذا تمت الرضعة بقطعه وجب أن تتم بقطعها فان أرضعته امرأة أربع رضعات ثم أرضعته امرأة أخرى أربع رضعات ثم عاد الى الاولى فارتضع منها وقطع وعاد الى الأخرى فى الحال فارتضع منها ففيه وجهان أحدهما لا يتم عدد الخمس من واحدة منهما لانه انتقل من احداهما الى الاخرى قبل تمام الرضعة فلم تكن كل واحدة منهما رضعة كما لو انتقل من ثدى الى ثدى والثانى يتم العدد من كل واحدة منهما لان الرضعة أن يرتضع القليل والكثير ثم يقطع ولا يعود الا بعد زمان طويل وقد وجد ذلك

﴿ فصل ﴾ وان شكت المرضعة هل أرضعته أم لا أو هل أرضعته خمس رضعات أو أربع رضعات لم يثبت التحريم كما لو شك الزوج هل طلق امرأته أم لا وهل طلق ثلاثا أو طلقتين

﴿ فصل ﴾ ويثبت التحريم بالوجور لانه يصل اللبن الى حيث يصل بالارتضاع ويحصل به من انبات اللحم وانتشار العظم ما يحصل بالرضاع ويثبت بالسعوط لانه سبيل لفطر الصائم فكان سبيلا لتحريم الرضاع كالفم وهل يثبت بالحقنة فيه قولان أحدهما يثبت لما ذكرناه فى السعوط والثانى لا يثبت لان الرضاع جعل لانبات اللحم وانتشار العظم والحقنة جعلت للاسهال فان ارتضع مرتين وأوجر مرة وأسعط مرة وحقن مرة وقلنا ان الحقنة تحرم ثبت التحريم لانا جعلنا الجميع كالرضاع فى التحريم وكذلك فى اتمام العدد

(قوله انى مصصت) بالكسر مصصت الشئ أمصه مصا وكذلك امتصصته . والمصاصة الخلاصة من الشئ والماص يستخرج خلاصة اللبن (قوله مادام هذا الحبر) الحبر العالم وفيه لغتان فتح الحاء وكسرها والكسر أفصح هكذا ذكره فى ديوان الادب والصحاح قال ومعناه العالم بتحبير الكلام والعلم وتحسينه (قوله بين أظهركم) يقال أقام فلان بين أظهر قومه وظهرانيهم أى أقام بينهم واقحام الاظهر وهو جمع ظهر على معنى أن اقامته فيهم على سبيل الاستظهار بهم والاستناد اليهم وأما ظهرانيهم فقد زيدت فيه الالف والنون على ظهر عند التثنية للتأكيد كقولهم فى الرجل العيون نفسانى وهى نسبة الى النفس بمعنى العين والصيدلانى والصيدنانى منسوبان الى الصيدل والصيدن وهما أصول الاشياء وجواهرها وألحقوا الالف والنون عند النسبة للمبالغة فكان بمعنى التثنية أى ظهر منه قدامه وآخر وراءه مكنوف من جانبيه هذا أصله ثم كثر حتى استعمل فى الاقامة بين القوم مطلقا وان لم يكن مكنوفا (قوله الاملاجة ولا الاملاجتان) الاملاج الارضاع يقال ملج الصبى أمه اذا رضعها وامتلج الفصيل ما فى الضرع امتصه . والملج المص يقال ملج يملج ورجل ملجان ومصان ومصان كل هذا من المص يعنون أنه يرضع الغنم للؤمه (قوله بالوجور) الوجور بالضم ادخال الدواء فى وسط الفم يقال وجرت الصبى وأوجرته بمعنى والوجور بالفتح الدواء نفسه واللدود ادخال الدواء فى شق الفم وجانبيه والسعوط ادخاله فى الانف والحقنة فى الدبر

(فصل) وان حلبت لبنا كثيرا فى دفعة واحدة وسقته فى خمسة أوقات فالمنصوص أنه رضعة وقال الربيع فيه قول آخر أنه خمس رضعات فن أصحابنا من قال هو من تخريج الربيع ومنهم من قال فيه قولان أحدهما انه خمس رضعات لأنه يحصل به ما يحصل بخمس رضعات والثانى انه رضعة وهو الصحيح لان الوجور فرع للرضاع ثم العدد فى الرضاع لا يحصل الا بما ينفصل خمس مرات فكذلك فى الوجور وان حلبت خمس مرات وسقته دفعة واحدة ففيه طريقان من أصحابنا من قال هو على قولين كالمسألة قبلها ومنهم من قال هو رضعة قولا واحدا لانه لم يشرب الا مرة وفى المسألة قبلها شرب خمس مرات وان حلبت خمس مرات وجعلتها فى اناء ثم فرقته وسقته خمس مرات ففيه طريقان من أصحابنا من قال يثبت التحريم قولا واحدا لانه تفرق فى الحلب والسقى ومنهم من قال هو على قولين لان التفريق الذى حصل من جهة المرضعة قد بطل حكمه بالجمع فى اناء

(فصل) وان جبن اللبن وأطعم الصبى حرم لانه يحصل به ما يحصل باللبن من انبات اللحم وانتشار العظم

(فصل) فان خلط اللبن بمائع أو جامد وأطعم الصبى حرم وحكى عن المزنى أنه قال ان كان اللبن غالبا حرم وان كان مغلوبا لم يحرم لان مع غلبة المخالطة يزول الاسم والمعنى الذى يراد به وهذا خطأ لان ما تعلق به التحريم اذا كان غالبا تعلق به اذا كان مغلوبا كالنجاسة فى الماء القليل

(فصل) فان شرب لبن امرأة ميتة لم يحرم لانه معنى يوجب تحريما مؤبدا فبطل بالموت كالوطء

(فصل) ولا يثبت التحريم بلبن البهيمة فان شرب طفلان من لبن شاة لم يثبت بينهما حرمة الرضاع لان التحريم بالشرع ولم يرد الشرع الا فى لبن الآدمية والبهيمة دون الآدمية فى الحرمة ولبنها دون لبن الآدمية فى اصلاح البدن فلم يلحق به فى التحريم ولان الاخوة فرع على الأمومة فاذا لم يثبت بهذا الرضاع أمومة فلأن لا يثبت به الاخوة أولى ولا يثبت التحريم بلبن الرجل وقال الكرابيسى يثبت كما ثبت بلبن المرأة وهذا خطأ لان لبنه لم يجعل غذاء للمولود فلم يثبت به التحريم كلبن البهيمة وان ثار للخنثى لبن فارتضع منه صبى فان علم أنه رجل لم يحرم وان علم انه امرأة حرم فان أشكل فقد قال أبو اسحق ان قال النساء ان هذا اللبن لا يكون على غزارته الا لامرأة حكم بأنه امرأة وأن لبنه يحرم ومن أصحابنا من قال لا يجعل اللبن دليلا لانه قد يثور اللبن للرجل فعلى هذا يوقف أمر من يرضع بلبنه كما يوقف أمره

(فصل) فان ثار للبكر لبن أو لثيب لا زوج لها فأرضعت به طفلا ثبت بينهما حرمة الرضاع لان لبن النساء غذاء للأطفال فان ثار لبن لمرأة على ولد من الزنا فأرضعت به طفلا ثبت بينهما حرمة الرضاع لان الرضاع تابع للنسب ثم النسب يثبت بينه و بينها ولا يثبت بينه وبين الزانى فكذلك حرمة الرضاع

(فصل) اذا ثار لها لبن على ولد من زوج فطلقها وتزوجت بآخر فاللبن للاول الى أن تحبل من الثانى و ينتهى الى حال ينزل اللبن على الحبل فان أرضعت طفلا كان ابنا للاول زاد اللبن أو لم يزد انقطع ثم عاد أو لم ينقطع لانه لم يوجد سبب يوجب حدوث اللبن غير الاول فان بلغ الحمل من الثانى الى حال ينزل فيه اللبن نظرت فان لم يزد اللبن فهو للاول فان أرضعت به طفلا كان ولدا للاول لانه لم يتغير اللبن فان زاد فارتضع به طفل ففيه قولان قال فى القديم هو ابنهما لان الظاهر أن الزيادة لأجل الحبل والمرضع به لبنهما فكان ابنهما وقال فى الجديد هو ابن الاول لان اللبن للاول بيقين و يجوز أن تكون الزيادة لفضل الغذاء و يجوز أن تكون للحمل فلا يزال اليقين بالشك فان انقطع اللبن ثم عاد فى الوقت الذى ينزل اللبن على الحبل فأرضعت به طفلا ففيه ثلاثة أقوال أحدها أنه ابن الاول لان اللبن خلق غذاء للولد دون الحمل والولد للاول فكان المرضع به ابنه والثانى أنه من الثانى لان لبن الاول انقطع فالظاهر أنه حدث للحمل والحمل للثانى فكان المرضع باللبن ابنه والثالث أنه ابنهما لان لكل واحد منهما أمارة تدل على أن اللبن له فجعل المرضع باللبن ابنهما فان وضعت الحمل وأرضعت طفلا كان ابنا للثانى فى الأحوال كلها زاد اللبن أو لم يزد اتصل أو انقطع ثم عاد لان حاجة المولود الى اللبن تمنع أن يكون اللبن لغيره

(فصل) وان وطئ رجلان امرأة وطأ يلحق به النسب فأتت بولد وأرضعت بلبنه طفلا كان الطفل ابنا لمن يلحقه نسب الولد

لان اللبن تابع للولد فان مات الولد ولم يثبت نسبه بالقافة ولا بالانتساب الى أحدهما فان كان له ولد قام مقامه فى الانتساب فاذا انتسب الى أحدهما صار المرضع ولد من انتسب اليه وان لم يكن له ولد ففى المرضع بلبنه قولان أحدهما أنه ابنهما لان اللبن قد يكون من الوطء وقد يكون من الولد والقول الثانى أنه لا يكون ابنهما لان المرضع تابع للمناسب ولا يجوز أن يكون المناسب ابنا لاثنين فكذلك المرضع فعلى هذا هل يخير المرضع فى الانتساب الى أحدهما فيه قولان أحدهما لا يخير لانه لا يعرض على القافة فلا يخير بالانتساب والثانى يخير لان الولد قد يأخذ الشبه بالرضاع فى الاخلاق و يميل طبعه الى من ارتضع بلبنه ولهذا روى أن النبى ﷺ قال أنا أفصح العرب ولا فخر بيد أنى من قريش ونشأت فى بنى سعد وارتضعت فى بنى زهرة ولهذا يقال يحسن خلق الولد اذا حسن خلق المرضع و يسوء خلقه اذا ساء خلقها فاذا قلنا انه يخير فانتسب الى أحدهما كان ابنه من الرضاعة فاذا قلنا لا يخير فهل له أن يتزوج بنتيهما فيه ثلاثة أوجه أحدها وهو الأصح أنه لا يحل له نكاح بنت واحد منهما لانا وان جهلنا عين الاب منهما الا أنا نتحقق ان بنت أحدهما أخته و بنت الآخر أجنبية فلم يجز له نكاح واحدة منهما كما لو اختلطت أخته بأجنبية والثانى أنه يجوز أن يتزوج بنت من شاء منهما فاذا تزوجها حرمت عليه الأخرى لان الاصل فى بنت كل واحد منهما الاباحة وهو يشك فى تحريمها واليقين لا يزال بالشك فاذا تزوج احداهما تعينت الأخوة فى الاخرى فحرم نكاحها على التأبيد كما لو اشتبه ماء طاهر وماء نجس فتوضأ بأحدهما بالاجتهاد فان النجاسة تتعين فى الآخر ولا يجوز أن يتوضأ به والثالث أنه يجوز أن يتزوج بنت كل واحد منهما ثم يطلقها ثم يتزوج الأخرى لان الحظر لا يتعين فى واحدة منهما كما يجوز أن يصلى بالاجتهاد الى جهة ثم يصلى بالاجتهاد الى جهة أخرى و يحرم أن يجمع بينهما لان الحظر يتعين فى الجميع فصار كرجلين رأيا طائرا فقال أحدهما ان كان هذا الطائر غرابا فعبدى حر وقال الآخر ان لم يكن غرابا فعبدى حر فطار ولم يعلم أنه غراب ولا غيره فانه لا يعتق على واحد منهما لانفراده بملك مشكوك فيه وان اجتمع العبدان لواحد عتق أحدهما لاجتماعهما فى ملكه

﴿ فصل ﴾ وان أتت امرأته بولد ونفاه باللعان فأرضعت بلبنه طفلا كان الطفل ابنا للمرأة ولا يكون ابنا للزوج لان الطفل تابع للولد والولد ثابت النسب من المرأة دون الزوج فكذلك الطفل فان أقر بالولد صار الطفل ابنا له لانه تابع للولد

﴿ فصل ﴾ وان كان لرجل خمس أمهات أولاد فثار لهن منه لبن فارتضع صبى من كل واحدة منهن رضعة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس ابن سريج وأبى القاسم الأنماطى وأبى بكر بن الحداد المصرى انه لا يصير المولى أبا للصبى لأنه رضاع لم يثبت به الامومة فلم تثبت به الابوة والثانى وهو قول أبى اسحق وأبى العباس ابن القاص انه يصير المولى أبا للصبى وهو الصحيح لأنه ارتضع من لبنه خمس رضعات فصار ابنا له وان كان لرجل خمس أخوات فارتضع طفل من كل واحدة منهن رضعة فهل يصير خالا له على الوجهين

﴿ فصل ﴾ وان كان لرجل زوجة صغيرة فشربت من لبن أمه خمس رضعات انفسخ بينهما النكاح لأنها صارت أخته وان كانت له زوجة كبيرة وزوجة صغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة خمس رضعات انفسخ نكاحهما لأنه لا يجوز أن يكون عنده امرأة وابنتها فان كان له زوجتان صغيرتان فجاءت امرأة فأرضعت احداهما خمس رضعات ثم أرضعت الاخرى خمس رضعات ففيه قولان أحدهما ينفسخ نكاحهما وهو اختيار المزنى لأنهما صارتا أختين فانفسخ نكاحهما كما لو أرضعتهما فى وقت واحد والثانى أنه ينفسخ نكاح الثانية لأن سبب الفسخ حصل بالثانية فاختص نكاحها بالبطلان كما لو تزوج احدى الاختين بعد الأخرى

﴿ فصل ﴾ ومن أفسد نكاح امرأة بالرضاع فالمنصوص أنه يلزمه نصف مهر المثل ونص فى الشاهدين بالطلاق اذا رجعا على قولين أحدهما يلزمهما مهر المثل والثانى يلزمهما نصف مهر المثل واختلف أصحابنا فيه فنقل أبو سعيد الاصطخرى جوابه من أحدى

(قوله بيد أنى من قريش) بيد تكون بمعنى غير يقال انه لكثير المال بيد أنه بخيل ومعناها ههنا لاجل أنى من قريش وقال الهروى، معناه غير أنى من قريش وقيل على أنى من قريش ونشأت فى بنى سعد. قال الجوهرى يقال نشأت فى بنى فلان نشأة

المسئلتين الى الأخرى وجعلهما على قولين أحدهما يجب مهر المثل لأنه أتلف البضع فوجب ضمان جميعه والثانى يجب نصف مهر المثل لانه لم يغرم للصغيرة الا نصف بدل البضع فلم يجب له أكثر من نصف بدله وقال أبو اسحق يجب فى الرضاع نصف المهر وفى الشهادة يجب الجميع والفرق بينهما أن فى الرضاع وقعت الفرقة ظاهرا و باطنا وتلف البضع عليه وقد رجع اليه بدل النصف فوجب له بدل النصف وفى الشهادة لم يتلف البضع فى الحقيقة وانما حيل بينه و بين ملكه فوجب ضمان جميعه والصحيح طريقة أبى اسحق وعليها التفريع وان كان لرجل زوجة صغيرة فجاء خمسة أنفس وأرضع كل واحد منهم الصغيرة من لبن أم الزوج أو أخته رضعة وجب على كل واحد منهم خمس نصف المهر لتساويهم فى الاتلاف وان كانوا ثلاثة فأرضعها أحدهم رضعة وأرضعها كل واحد من الآخرين رضعتين ففيه وجهان أحدهما انه يجب على كل واحد منهم ثلث النصف لأن كل واحد منهم وجد منه سبب الاتلاف فتساووا فى الضمان كما لو طرح رجل فى خل قدر دانق من نجاسة وآخر قدر درهم والثانى يقسط على عدد الرضعات فيجب على من أرضع رضعة الخمس من نصف المهر وعلى كل واحد من الآخرين الخمسان لأن الفسخ حصل بعدد الرضعات فيقسط الضمان عليه

﴿ فصل ﴾ اذا ارتضعت الصغيرة من أم زوجها خمس رضعات والام نائمة سقط مهرها لأن الفرقة قد حصلت بفعلها فسقط مهرها ولا يرجع الزوج عليها بمهر مثلها ولا بنصفه لأن الاتلاف من جهة العاقد قبل التسليم لا يوجب غير المسمى فان ارتضعت من أم الزوج رضعتين والام نائمة وارضعتها الام تمام الخمس والزوجة نائمة ففيه وجهان أحدهما أنه يسقط من نصف المسمى نصفه وهو الربع و يجب الربع والثانى يقسط على عدد الرضعات فيسقط من نصف المسمى خمسان و يجب ثلاثة أخماسه ووجههما ما ذكرناه فى المسئلة قبلها و بالله التوفيق

كتاب النفقات

﴿ باب نفقة الزوجات ﴾

اذا سلمت المرأة نفسها الى زوجها وتمكن من الاستمتاع بها ونقلها الى حيث يريد وهما من أهل الاستمتاع فى نكاح صحيح وجبت نفقتها لما روى جابر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال اتقوا الله فى النساء فانكم أخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف وان امتنعت من تسليم نفسها أومكنت من استمتاع دون استمتاع أو فى منزل دون منزل أو فى بلد دون بلد لم تجب النفقة لأنه لم يوجد التمكين التام فلم تجب النفقة كما لا يجب ثمن المبيع اذا امتنع البائع من تسليم المبيع أو سلم فى موضع دون موضع فان عرضت عليه و بذلت له التمكين التام والنقل الى حيث يريد وهو حاضر وجبت عليه النفقة لأنه وجد التمكين التام وان عرضت عليه وهو غائب لم يجب حتى يقدم هو أو وكيله أو يمضى زمان لو أراد المسير لكان يقدر على أخذها لانه لا يوجد التمكين التام الا بذلك وان لم تسلم اليه ولم تعرض عليه حتى مضى على ذلك زمان لم تجب النفقة لان النبى صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله عنها ودخلت عليه بعد سنتين ولم ينفق الا من حين دخلت عليه ولم يلتزم نفقتها لما مضى ولانه لم يوجد التمكين التام فيما مضى فلم يجب بدله كما لا يجب بدل ما تلف من المبيع فى يد البائع قبل التسليم

﴿ فصل ﴾ وان سلمت الى الزوج أو عرضت عليه وهى صغيرة لا يجامع مثلها ففيه قولان أحدهما تجب النفقة لانها سلمت من غير منع والثانى لا يجب وهو الصحيح لانه لم يوجد التمكين التام من الاستمتاع وان كانت كبيرة والزوج صغير ففيه قولان أحدهما لا تجب لانه لم يوجد التمكين من الاستمتاع والثانى تجب وهو الصحيح لأن التمكين وجد من جهتها وانما تعذر الاستيفاء من جهته فوجبت النفقة كما لو سلمت الى الزوج وهو كبير فهرب منها وان سلمت وهى مريضة أو رتقاء أو نحيفة لا يمكن وطؤها أو

ونشوءا اذا شبت فيهم (قوله قدر دانق) الدانق قيراطان يقال بفتح النون وكسرها

﴿ ومن كتاب النفقات ﴾

الرتقاء التى انسد فرجها يقال امرأة رتقاء بينة الرتق لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع منها وضده الفتق قال الله تعالى كانتا رتقا ففتقناهما وقد ذكرا (قوله نحيفة) النحافة الهزال وقد نحف وأنحفه غيره

الزوج مريض أو مجبوب أو حسيم لا يقدر على الوطء وجبت النفقة لانه وجد التمكين من الاستمتاع وما تعذر فهو بسبب لا تنسب فيه الى التفريط

﴿ فصل ﴾ وان سلمت اليه ومكن من الاستمتاع بها فى نكاح فاسد لم تجب النفقة لأن التمكين لا يصح مع فساد النكاح ولا يستحق ما فى مقابلته

﴿ فصل ﴾ وان انتقلت المرأة من منزل الزوج الى منزل آخر بغير اذنه أو سافرت بغير اذنه سقطت نفقتها حاضرا كان الزوج أو غائبا لأنها خرجت عن قبضته وطاعته فسقطت نفقتها كالناشزة وان سافرت باذنه فان كان معها وجبت النفقة لانها ما خرجت عن قبضته ولا طاعته وان لم يكن معها ففيه قولان ذكرناهما فى القسم

﴿ فصل ﴾ وان أحرمت بالحج بغير اذنه سقطت نفقتها لانه ان كان تطوعا فقد منعت حق الزوج وهو واجب بما ليس بواجب وان كان واجبا فقد منعت حق الزوج وهو على الفور بما هو على التراخى وان أحرمت باذنه فان خرجت معه لم تسقط نفقتها لانها لم تخرج عن طاعته وقبضته وان خرجت وحدها فعلى القولين فى سفرها باذنه

﴿ فصل ﴾ وان منعت نفسها باعتكاف تطوع أو نذر فى الذمة سقطت نفقتها لما ذكرناه فى الحج وان كان عن نذر معين أذن فيه الزوج لم تسقط نفقتها لان الزوج أذن فيه وأسقط حقه فلا يسقط حقها وان كان عن نذر لم يأذن فيه فان كان بعد عقد النكاح سقطت نفقتها لانها منعت حق الزوج بعد وجوبه وان كان بنذر قبل النكاح لم تسقط نفقتها لان ما استحق قبل النكاح لاحق للزوج فى زمانه كما لو أجرت نفسها ثم تزوجت وان اعتكفت باذنه وهو معها لم تسقط نفقتها لانها فى قبضته وطاعته وان لم يكن معها فعلى القولين فى الحج

﴿ فصل ﴾ وان منعت نفسها بالصوم فان كان بتطوع ففيه وجهان أحدهما لا تسقط نفقتها لانها فى قبضته والثانى وهو الصحيح انها تسقط لانها منعت التمكين التام بما ليس بواجب فسقطت نفقتها كالناشزة وان منعت نفسها بصوم رمضان أو بقضائه وقد ضاق وقته لم تسقط نفقتها لان ما استحق بالشرع لاحق للزوج فى زمانه وان منعت نفسها بصوم القضاء قبل ان يضيق وقته أو بصوم كفارة أو نذر فى الذمة سقطت نفقتها لانها منعت حقه وهو على الفور بما هو ليس على الفور وان كان بنذر معين فان كان النذر باذن الزوج لم تسقط نفقتها لانه لزمها برضاه وان كان بغير اذنه فان كان بنذر بعد النكاح سقطت نفقتها وان كان بنذر قبل النكاح لم تسقط لما ذكرناه فى الاعتكاف

﴿ فصل ﴾ وان منعت نفسها بالصلاة فان كانت بالصلوات الخمس أو السنن الراتبة لم تسقط نفقتها لان ما ترتب بالشرع لاحق للزوج فى زمانه وان كان بقضاء فوائت فان قلنا انها على الفور لم تسقط نفقتها وان قلنا انها على التراخى سقطت نفقتها لما قلنا فى قضاء رمضان وان كانت بالصلوات المنذورة فعلى ماذكرناه فى الاعتكاف والصوم

﴿ فصل ﴾ وان كان الزوجان كافرين وأسلمت المرأة بعد الدخول ولم يسلم الزوج لم تسقط نفقتها لانه تعذر الاستمتاع بمعنى من جهته هو قادر على ازالته فلم تسقط نفقتها كالمسلم اذا غاب عن زوجته وقال أبو على ابن خيران فيه قول آخر انها تسقط لانه امتنع الاستمتاع لمعنى من جهتها فسقطت نفقتها كما لو أحرمت المسلمة من غير اذن الزوج والصحيح هو الاول لان الحج فرض موسع الوقت والاسلام فرض مضيق الوقت فلا تسقط النفقة كصوم رمضان وان أسلم الزوج بعد الدخول وهى مجوسية أو وثنية وتخلفت فى الشرك سقطت نفقتها لانها منعت الاستمتاع بمعصية فسقطت نفقتها كالناشزة وان أسلمت قبل انقضاء العدة فهل تستحق النفقة للمدة التى تخلفت فى الشرك فيه قولان أحدهما تستحق لان بالاسلام زال ما تشعث من النكاح فصار كأن لم يكن والقول الثانى أنها لا تستحق لانه تعذر التمكين من الاستمتاع فيما مضى فلم تستحق النفقة كالناشزة اذا رجعت الى الطاعة وان ارتد الزوج بعد الدخول لم تسقط نفقتها لان امتناع الوطء بسبب من جهته وهو قادر على ازالته فلم تسقط النفقة وان ارتدت المرأة سقطت نفقتها لانها منعت الاستمتاع بمعصية فسقطت نفقتها كالناشزة فان عادت الى الاسلام قبل انقضاء العدة

(قوله أو مجبوب أو حسيم) بالحاء أى محسوم الذكر أى لم يخلق له ذكر. وقيل هو مقطوعه. وقرئ بالجيم وفسر بكبر البطن وقيل عظيم الذكر جدا

فهل تجب نفقة مامضى فى الردة فيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالكافرة اذا تخلفت فى الشرك ثم أسلمت ومنهم من قال لاتجب قولا واحدا والفرق بينها و بين الكافرة ان الكافرة لم يحدث من جهتها منع بل أقامت على دينها والمرتدة أحدثت منعا بالردة فغلظ عليها وان ارتدت الزوجة وعادت الى الاسلام والزوج غائب استحقت النفقة من حين عادت الى الاسلام وان نشزت الزوجة وعادت الى الطاعة والزوج غائب لم تستحق النفقة حتى يمضى زمان لو سافر فيه لقدر على استمتاعها والفرق بينهما ان المرتدة سقطت نفقتها بالردة وقد زالت بالاسلام والناشزة سقطت نفقتها بالمنع من التمكين وذلك لايزول بالعود الى الطاعة

﴿ فصل ﴾ وان كانت الزوجة أمة فسلمها المولى بالليل والنهار وجبت لها النفقة لوجود التمكين التام وان سلمها بالليل دون النهار ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على ابن أبى هريرة انه يجب لها نصف النفقة اعتبارا بما سلمت والثانى وهو قول أبى اسحاق وظاهر المذهب أنه لا تجب لانه لم يوجد التمكين التام فلم يجب لها شىء من النفقة كالحرة اذا سلمت نفسها بالليل دون النهار والله أعلم

﴿ باب قدر النفقة ﴾

اذا كان الزوج موسرا وهو الذى يقدر على النفقة بماله أو كسبه لزمه فى كل يوم مدان وان كان معسرا وهو الذى لايقدر على النفقة بمال ولا كسب لزمه فى كل يوم مد لقوله عز وجل لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ففرق بين الموسر والمعسر وأوجب على كل واحد منهما على قدر حاله ولم يبين المقدار فوجب تقديره بالاجتهاد وأشبه ماتقاس عليه النفقة الطعام فى الكفارة لانه طعام يجب بالشرع لسد الجوعة وأكثر مايجب فى الكفارة لمسكين مدان فى فدية الاذى وأقل مايجب مد وهو فى كفارة الجماع فى رمضان فان كان متوسطا لزمه مد ونصف لأنه لايمكن الحاقه بالموسر وهو دونه ولا بالمعسر وهو فوقه فجعل عليه مد ونصف وان كان الزوج عبدا أو مكاتبا وجب عليه مد لأنه ليس بأحسن حالا من الحر المعسر فلا يجب عليه أكثر من مد وان كان نصفه حرا ونصفه عبدا وجب عليه نفقة المعسر وقال المزنى ان كان موسرا بما فيه من الحرية وجب عليه مد ونصف لانه اجتمع فيه الرق والحرية فوجب عليه نصف نفقة الموسر وهو مد ونصف نفقة المعسر وهو نصف مد وهذا خطأ لأنه ناقص بالرق فلزمه نفقة المعسر كالعبد

﴿ فصل ﴾ وتجب النفقة عليه من قوت البلد لقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولقوله صلى الله عليه وسلم ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف والمعروف مايقتاته الناس فى البلد ويجب لها الحب فان دفع اليها سويقا أو دقيقا أو خبزا لم يلزمها قبوله لأنه طعام وجب بالشرع فكان الواجب فيه هو الحب كالطعام فى الكفارة وان اتفقا على دفع العوض ففيه وجهان أحدهما لايجوز لانه طعام وجب فى الذمة بالشرع فلم يجز أخذ العوض فيه كالطعام فى الكفارة والثانى يجوز وهو الصحيح لأنه طعام يستقر فى الذمة للآدمى فجاز أخذ العوض فيه كالطعام فى القرض ويخالف الطعام فى الكفارة فان ذلك يجب لحق الله تعالى ولم يأذن فى أخذ العوض عنه والنفقة تجب لحقها وقد رضيت بأخذ العوض

﴿ فصل ﴾ ويجب لها الأدم بقدر ما يحتاج اليه من أدم البلد من الزيت والشيرج والسمن واللحم لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال من أوسط ماتطعمون أهليكم الخبز والزيت وعن ابن عمر رضى الله عنه أنه قال الخبز والزيت والخبز والسمن والخبز والتمر ومن أفضل ماتطعمون أهليكم الخبز واللحم ولأن ذلك من النفقة بالمعروف

﴿ فصل ﴾ ويجب لها ماتحتاج اليه من المشط والسدر والدهن للرأس وأجرة الحمام ان كان عادتها دخول الحمام لأن ذلك يراد للتنظيف فوجب عليه كما يجب على المستأجر كنس الدار وتنظيفها وأما الخضاب فانه ان لم يطلبه الزوج لم يلزمه وان طلبه منها لزمه ثمنه لأنه للزينة وأما الأدوية وأجرة الطبيب والحجام فلا تجب عليه لأنه ليس من النفقة الثابتة وانما يحتاج اليه لعارض

(قوله ومن قدر عليه رزقه) أى قتر. يقال قدر وقتر بمعنى. وقيل معناه ضيق عليه وهما متقاربان

وأنه يراد لاصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجر اصلاح ما انهدم من الدار وأما الطيب فانه ان كان يراد لقطع السهوكة لزمه لانه يراد للتنظيف وان كان يراد للتلذذ والاستمتاع لم يلزمه لأن الاستمتاع حق له فلا يجبر عليه

﴿ فصل ﴾ ويجب لها الكسوة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولحديث جابر ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولانه يحتاج اليه لحفظ البدن على الدوام فلزمه كالنفقة ويجب لامرأة الموسر من مرتفع ما يلبس في البلد من القطن والكتان والخز والابريسم ولامرأة المعسر من غليظ القطن والكتان ولامرأة المتوسط ما بينهما وأقل ما يجب قميص وسراويل ومقنعة ومداس للرجل وان كان في الشتاء أضاف اليه جبة لأن ذلك من الكسوة بالمعروف

﴿ فصل ﴾ ويجب لها ملحفة أو كساء ووسادة ومضربة محشوة للنوم وزلية أو لبد أو حصير للنهار ويكون ذلك لامرأة الموسر من المرتفع ولامرأة المعسر من غير المرتفع ولامرأة المتوسط ما بينهما لأن ذلك من المعروف

﴿ فصل ﴾ ويجب لها مسكن لقوله تعالى وعاشروهن بالمعروف ومن المعروف أن يسكنها في مسكن ولأنها لا تستغني عن المسكن للاستتار عن العيون والتصرف والاستمتاع ويكون المسكن على قدر يساره واعساره وتوسطه كما قلنا في النفقة

﴿ فصل ﴾ وان كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها بأن تكون من ذوات الأقدار أو مريضة وجب لها خادم لقوله عز وجل وعاشروهن بالمعروف ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها من يخدمها ولا يجب لها أكثر من خادم واحد لأن المستحق خدمتها في نفسها وذلك يحصل بخادم واحد ولا يجوز أن يكون الخادم الا امرأة أو ذا رحم محرم وهل يجوز أن يكون من اليهود والنصارى فيه وجهان أحدهما أنه يجوز لأنهم يصلحون للخدمة والثاني لا يجوز لأن النفس تعاف من استخدامهم وان قالت المرأة أنا أخدم نفسي وآخذ أجرة الخادم لم يجبر الزوج عليه لأن القصد بالخدمة ترفيهها وتوفيرها على حقه وذلك لا يحصل بخدمتها وان قال الزوج أنا أخدمها بنفسي ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي اسحاق انه يلزمها الرضا به لأنه تقع الكفاية بخدمته والثاني لا يلزمها الرضا به لأنها تحتشمه ولا تستوفي حقها من الخدمة

﴿ فصل ﴾ وان كان الخادم مملوكا لها واتفقا على خدمته لزمه نفقته فان كان موسرا لزمه للخادم مد وثلث من قوت البلد وان كان متوسطا أو معسرا لزمه مد لأنه لا تقع الكفاية بما دونه وفي أدمه وجهان أحدهما أنه يجب من نوع أدمها كما يجب الطعام من جنس طعامها والثاني أنه يجب من دون أدمها وهو المنصوص لأن العرف في الأدم أن يكون من دون أدمها وفي الطعام العرف أن يكون من جنس طعامها ويجب لخادم كل زوجة من الكسوة والفراش والدثار دون ما يجب للزوجة ولا يجب له السراويل ولا يجب له المشط والسدر والدهن للرأس لان ذلك يراد للزينة والخادم لا يراد للزينة وان كانت خادمة تخرج للحاجات وجب لها خف لحاجتها الى الخروج

﴿ فصل ﴾ ويجب أن يدفع اليها نفقة كل يوم اذا طلعت الشمس لأنه أول وقت الحاجة ويجب أن يدفع اليها الكسوة في كل ستة أشهر لأن العرف في الكسوة أن تبدل في هذه المدة فان دفع اليها الكسوة فبليت في أقل من هذا القدر لم يجب عليه بدلها كما لا يجب عليه بدل طعام اليوم اذا نفد قبل انقضاء اليوم وان انقضت المدة والكسوة باقية ففيه وجهان أحدهما لا يلزمه تجديدها لأن الكسوة مقدرة بالكفاية وهي مكفية والثاني يلزمه تجديدها وهو الصحيح كما يلزمه الطعام في كل يوم وان بقي عندها طعام اليوم الذي قبله ولأن الاعتبار بالمدة لا بالكفاية بدليل أنها لو تلفت قبل انقضاء المدة لم يلزمه تجديدها والمدة قد انقضت فوجب التجديد وأما ما يبقى سنة فأكثر كالبسط والفراش وجبة الخز والابريسم فلا يجب تجديدها في كل فصل لأن العادة أن لا تجدد في كل فصل

﴿ فصل ﴾ وان دفع اليها نفقة يوم فبانت قبل انقضائه لم يرجع بما بقي لأنه دفع ما يستحق دفعه وان سلفها نفقة أيام فبانت قبل انقضائها فله أن يرجع في نفقة ما بعد اليوم الذي بانت فيه لأنه غير مستحق وان دفع اليها كسوة الشتاء أو الصيف فبانت

(قوله لقطع السهوكة) هي الرائحة الكريهة وأصله ريح السمك وصدأ الحديد. يقال بدا سهكه من ذلك (قوله الخز) جنس من الثياب لحمته صوف وسداه ابريسم (قوله وزلية) الزلية بكسر الزاي وتشديد اللام بساط عراقي نحو الطنفسة. والدثار الثوب الذي يتدفأ به

قبل انقضائه ففيه وجهان أحدهما له أن يرجع لانه دفع لزمان مستقبل فاذا طرأ ما يمنع الاستحقاق ثبت له الرجوع كما لو أسلفها نفقة أيام فبانت قبل انقضائها والثانى لا يرجع لأنه دفع ما يستحق دفعه فلم يرجع به كما لو دفع اليها نفقة يوم فبانت قبل انقضائه

﴿فصل﴾ وان قبضت كسوة فصل وأرادت بيعها لم تمنع منه وقال أبو بكر ابن الحداد المصرى لا يجوز وقال أبو الحسن الماوردى البصرى ان أرادت بيعها بما دونها فى الجمال لم يجز لأن للزوج حظا فى جمالها وعليه ضرر فى نقصان جمالها والأول أظهر لأنه عوض مستحق فلم تمنع من التصرف فيه كالمهر وان قبضت النفقة وأرادت أن تبيعها أو تبدلها بغيرها لم تمنع منه ومن أصحابنا من قال ان أبدلتها بما تستضر بأكله كان للزوج منعها لما عليه من الضرر فى الاستمتاع بمرضها والمذهب الاول لما ذكرناه فى الكسوة والضرر فى الأكل لا يتحقق فلا يجوز المنع منه

﴿ باب الاعسار بالنفقة واختلاف الزوجين فيها ﴾

اذا أعسر الزوج بنفقة المعسر فلها أن تفسخ النكاح لما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال فى الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما ولأنه اذا ثبت لها الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل فلأن يثبت بالعجز عن النفقة والضرر فيه أكثر أولى وان أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار لأن البدن لا يقوم بما دون المد وان أعسر بما زاد على نفقة المعسر لم يثبت لها الفسخ لأن ما زاد غير مستحق مع الاعسار وان أعسر بالادم لم يثبت لها الفسخ لان البدن يقوم بالطعام من غير أدم وان أعسر بالكسوة ثبت لها الفسخ لأن البدن لا يقوم بغير الكسوة كما لا يقوم بغير القوت وان أعسر بنفقة الخادم لم يثبت لها الفسخ لان النفس تقوم بغير خادم وان أعسر بالمسكن ففيه وجهان أحدهما يثبت لها الفسخ لانه يلحقها الضرر لعدم المسكن والثانى لا يثبت لأنها لا تعدم موضعا تسكن فيه

﴿ فصل ﴾ وان لم يجد الا نفقة يوم بيوم لم يثبت لها الفسخ لانه لا يلزمه فى كل يوم أكثر من نفقة يوم وان وجد فى أول النهار ما يغديها وفى آخره ما يعشيها ففيه وجهان أحدهما لها الفسخ لان نفقة اليوم لا تتبعض والثانى ليس لها الفسخ لانها تصل الى كفايتها وان كان يجد يوما قدر الكفاية ولا يجد يوما ثبت لها الفسخ لانه لا يحصل لها فى كل يوم الا بعض النفقة وان كان نساجا ينسج فى كل أسبوع ثوبا تكفيها أجرته الاسبوع أو صانعا يعمل فى كل ثلاثة أيام تكة يكفيه ثمنها ثلاثة أيام لم يثبت لها الفسخ لانه يقدر أن يستقرض لهذه المدة ما ينفقه فلا تنقطع به النفقة وان كانت نفقته فى عمل فعجز عن العمل بمرض نظرت فان كان مرضا يرجى زواله فى اليومين والثلاثة لم يثبت لها الفسخ لانه يمكنها أن تستقرض ما تنفقه ثم تقضيه وان كان مريضا مما يطول زمانه ثبت لها الفسخ لانه يلحقها الضرر لعدم النفقة وان كان له مال غائب فان كان فى مسافة لا تقصر فيها الصلاة لم يجز لها الفسخ وان كان فى مسافة تقصر فيها الصلاة ثبت لها الفسخ لما ذكرناه فى المرض وان كان له دين على موسر لم يثبت لها الفسخ وان كان على معسر ثبت لها الفسخ لان يسار الغريم كيساره واعساره كاعساره فى تيسير النفقة وتعسيرها

﴿ فصل ﴾ وان كان الزوج موسرا وامتنع من الانفاق لم يثبت لها الفسخ لانه يمكن الاستيفاء بالحاكم وان غاب وانقطع خبره لم يثبت لها الفسخ لان الفسخ يثبت بالعيب بالاعسار ولم يثبت الاعسار ومن أصحابنا من ذكر فيه وجها آخر أنه يثبت لها الفسخ لأن تعذر النفقة بانقطاع خبره كتعذرها بالاعسار

﴿فصل﴾ اذا ثبت لها الفسخ بالاعسار واختارت المقام معه ثبت لها فى ذمته ما يجب على المعسر من الطعام والأدم والكسوة ونفقة الخادم فاذا أيسر طولب بها لانها حقوق واجبة عجز عن أدائها فاذا قدر طولب بها كسائر الديون ولا يثبت لها فى الذمة ما لا يجب على المعسر من الزيادة على نفقة المعسر لانه غير مستحق

﴿ فصل ﴾ وان اختارت المقام بعد الاعسار لم يلزمها التمكين من الأستمتاع ولها أن تخرج من منزله لان التمكين فى مقابلة النفقة فلا يجب مع عدمها وان اختارت المقام معه على الاعسار ثم عن لها أن تفسخ فلها أن تفسخ لان النفقة يتجدد وجوبها فى كل يوم فتجدد حق الفسخ وان تزوجت بفقير مع العلم بحاله ثم أعسر بالنفقة فلها أن تفسخ لان حق الفسخ يتجدد بالاعسار بتجدد النفقة

(قوله ثم عن لها أن تفسخ) أى ظهر لها رأى واعترض

﴿فصل﴾ وان اختارت الفسخ لم يجز الفسخ الا بالحاكم لانه فسخ مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم كالفسخ بالتعنين وفى وقت الفسخ قولان أحدهما أن لها الفسخ فى الحال لانه فسخ لتعذر العوض فثبت فى الحال كفسخ البيع بافلاس المشترى بالثمن الثانى أنه يمهل ثلاثة أيام لأنه قد لا يقدر فى اليوم و يقدر فى غد ولا يمكن امهاله أبدا لانه يؤدى الى الاضرار بالمرأة والثلاث فى حد القلة فوجب امهاله وعلى هذا لها أن تخرج فى هذه الايام من منزل الزوج لأنها لا يلزمها التمكين من غير نفقة

﴿فصل﴾ اذا وجد التمكين الموجب للنفقة ولم ينفق حتى مضت مدة صارت النفقة دينا فى ذمته ولا تسقط بمضى الزمان لانه مال يجب على سبيل البدل فى عقد معاوضة فلا يسقط بمضى الزمان كالثمن والاجرة والمهر و يصح ضمان ما استقر منها بمضى الزمان كما يصح ضمان سائر الديون وهل يصح ضمانها قبل استقرارها بمضى الزمان فيه قولان بناء على القولين فى النفقة هل تجب بالعقد أو بالتمكين فيه قولان قال فى الجديد تجب بالتمكين وهو الصحيح لانها لو وجبت بالعقد لملكت المطالبة بالجميع كالمهر والاجرة وعلى هذا لا يصح ضمانها لانه ضمان ما لم يجب وقال فى القديم تجب بالعقد لانها فى مقابلة الاستمتاع والاستمتاع يجب بالعقد فكذلك النفقة وعلى هذا يصح أن يضمن منها نفقة موصوفة لمدة معلومة

﴿فصل﴾ اذا اختلف الزوجان فى قبض النفقة فادعى الزوج أنها قبضت وأنكرت الزوجة فالقول قولها مع يمينها لقوله عليه السلام اليمين على المدعى عليه ولأن الاصل عدم القبض وان مضت مدة لم ينفق فيها وادعت الزوجة أنه كان موسرا فيلزمه نفقة الموسر وادعى الزوج أنه كان معسرا فلا يلزمه الا نفقة المعسر نظرت فان عرف له مال فالقول قولها لان الاصل بقاؤه وان لم يعرف له مال قبل ذلك فالقول قوله لأن الاصل عدم المال وان اختلفا فى التمكين فادعت المرأة أنها مكنت وأنكر الزوج فالقول قوله لان الأصل عدم التمكين و براءة الذمة من النفقة وان طلق زوجته طلقة رجعية وهى حامل فوضعت واتفقا على وقت الطلاق واختلفا فى وقت الولادة فقال الزوج طلقتك قبل الوضع فانقضت العدة فلا رجعة لى عليك ولا نفقة لك على وقالت المرأة بل طلقتنى بعد الوضع فلك على الرجعة ولى عليك النفقة فالقول قول الزوج أنه لا رجعة له عليك لانه حق له فقبل اقراره فيه والقول قول المرأة فى وجوب العدة لانه حق عليها فكان القول قولها والقول قولها مع يمينها فى وجوب النفقة لان الأصل بقاؤها والله أعلم

﴿ باب نفقة المعتدة ﴾

اذا طلق امرأته بعد الدخول طلاقا رجعيا وجب لها السكنى والنفقة فى العدة لان الزوجية باقية والتمكين من الاستمتاع موجود فان طلقها طلاقا بائنا وجب لها السكنى فى العدة حائلا كانت أو حاملا لقوله عز وجل أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وأما النفقة فانها ان كانت حائلا لم تجب وان كانت حاملا وجبت لقوله عز وجل وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فأوجب النفقة مع الحمل فدل على أنها لا تجب مع عدم الحمل وهل تجب النفقة للحمل أو للحامل بسبب الحمل فيه قولان قال فى القديم تجب للحمل لانها تجب بوجوده وتسقط بعدمه وقال فى الأم تجب للحامل بسبب الحمل وهو الصحيح لانها لو وجبت للحمل لتقدرت بكفايته وذلك يحصل بما دون المدفان قلنا تجب للحمل لم تجب الا على من تجب عليه نفقة الولد فان كانت الزوجة أمة والزوج حر اوجبت نفقتها على مولاها لان الولد مملوك له وان قلنا تجب النفقة للحامل وجبت على الزوج لان نفقتها تجب عليه وان كان الزوج عبدا وقلنا ان النفقة للحامل وجبت عليه وان قلنا تجب للحمل لم تجب لان العبد لا يلزمه نفقة ولده

﴿فصل﴾ اذا وجبت النفقة للحمل أو للحامل بسبب الحمل ففى وجوب الدفع قولان أحدهما لا يجب الدفع حتى تضع الحمل لجواز أن يكون ريحا فانفش فلا يجب الدفع مع الشك والثانى يجب الدفع يوما بيوم لان الظاهر وجود الحمل ولانه جعل كالمتحقق فى منع النكاح وفسخ البيع فى الجارية المبيعة والمنع من الاخذ فى الزكاة ووجوب الدفع فى الدية فجعل كالمتحقق فى دفع النفقة

﴿ ومن باب نفقة المعتدة ﴾

(قوله ريحا فانفش) يقال انفشت الريح خرجت من الزق ونحوه

فان دفع اليها ثم بان انه لم يكن بها حمل فان قلنا تجب يوما بيوم فله أن يرجع عليها لانه دفعها على أنها واجبة وقد بان أنها لم تجب فثبت له الرجوع وان قلنا انها لا تجب الا بالوضع فان دفعها بأمر الحاكم فله أن يرجع لانه اذا أمره الحاكم لزمه الدفع فثبت له الرجوع وان دفع من غير أمره فان شرط أن ذلك عن نفقتها ان كانت حاملا فله أن يرجع لانه دفع عما يجب وقد بان أنه لم يجب وان لم يشرط لم يرجع لان الظاهر أنه متبرع

﴿ فصل ﴾ فان تزوج امرأة ودخل بها ثم انفسخ النكاح برضاع أو عيب وجب لها السكنى فى العدة وأما النفقة فانها ان كانت حائلا لم تجب وان كانت حاملا وجبت لانها معتدة عن فرقة فى حال الحياة فكان حكمها فى النفقة والسكنى ماذكرناه كالمطلقة وان لاعنها بعد الدخول فان لم ينف الحمل وجبت النفقة وان نفى الحمل لم تجب النفقة لان النفقة تجب فى أحد القولين للحمل والثانى تجب لها بسبب الحمل والحمل منتف عنه فلم تجب بسببه نفقة وأما السكنى ففيها وجهان أحدهما تجب لانها معتدة عن فرقة فى حال الحياة فوجب لها السكنى كالمطلقة والثانى لا تجب لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى أن لا تثبت لها من أجل أنهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها زوجها ولأنها لم تحصن ماءه فلم يلزمه سكناها

﴿ فصل ﴾ وان نكح امرأة نكاحا فاسدا ودخل بها وفرق بينهما لم تجب لها السكنى لانها اذا لم تجب مع قيام الفراش واجتماعهما على النكاح فلأن لا تجب مع زوال الفراش والافتراق أولى وأما النفقة فانها ان كانت حائلا لم تجب لانها اذا لم تجب فى العدة عن نكاح صحيح فلأن لا تجب فى العدة عن النكاح الفاسد أولى وان كانت حاملا فعلى القولين ان قلنا ان النفقة للحامل لم تجب لان حرمتها فى النكاح الفاسد غير كاملة وان قلنا انها تجب للحمل وجبت لان الحمل فى النكاح الفاسد كالحمل فى النكاح الصحيح

﴿ فصل ﴾ وان كانت الزوجة معتدة عن الوفاة لم تجب لها النفقة لان النفقة انما تجب للتمكن من الاستمتاع وقد زال التمكين بالموت أو بسبب الحمل والميت لا يستحق عليه حق لأجل الولد وهل تجب لها السكنى فيه قولان أحدهما لا تجب وهو اختيار المزنى لانه حق يجب يوما بيوم فلم تجب فى عدة الوفاة كالنفقة والثانى تجب لما روت فريعة بنت مالك أن النبى صلى الله عليه وسلم قال اعتدى فى البيت الذى أتاك فيه وفاة زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله أربعة أشهر وعشرا ولأنها معتدة عن نكاح صحيح فوجب لها السكنى كالمطلقة

﴿ فصل ﴾ اذا حبست زوجة المفقود أربع سنين فلها النفقة لانها محبوسة عليه فى بيته فان طلبت الفرقة بعد أربع سنين ففرق الحاكم بينهما فان قلنا بقوله القديم ان التفريق صحيح فهى كالمتوفى عنها زوجها لانها معتدة عن وفاة فلا تجب لها النفقة وفى السكنى قولان فان رجع الزوج فان قلنا تسلم اليه عادت الى نفقته فى المستقبل وان قلنا لا تسلم اليه لم يكن لها عليه نفقة فان قلنا بقوله الجديد وأن التفريق باطل فلها النفقة فى مدة التربص ومدة العدة لانها محبوسة عليه فى بيته وان تزوجت سقطت نفقتها لانها صارت كالناشزة وان لم يرجع الزوج ورجعت الى بيتها وقعدت فيه فان قلنا بقوله القديم لم تعد النفقة وان قلنا بقوله الجديد فهل تعود نفقتها بعودها الى البيت فيه وجهان أحدهما تعود لانها سقطت بنشوزها فعادت بعودها والثانى لا تعود لان التسليم الاول قد بطل فلا تعود الا بتسليم مستأنف كما أن الوديعة اذا تعدى فيها ثم ردها الى المكان لم تعد الامانة ومن أصحابنا من قال ان كان الحاكم فرق بينهما وأمرها بالاعتداد واعتدت وفارقت البيت ثم عادت اليه لم تعد نفقتها لان التسليم الاول قد بطل لحكم الحاكم وان كانت تربصت فاعتدت ثم فارقت البيت ثم عادت اليه عادت النفقة لان التسليم الاول لم يبطل من غير حكم الحاكم والله أعلم

﴿ باب نفقة الأقارب والرقيق والبهائم ﴾

والقرابة التى تستحق بها النفقة قرابة الوالدين وان علوا وقرابة الأولاد وان سفلوا فتجب على الولد نفقة الأب والأم والدليل عليه قوله تعالى وقضى ربك أن لا تعبدوا الا اياه و بالوالدين احسانا ومن الاحسان أن ينفق عليهما وروت عائشة رضى الله

﴿ ومن باب نفقة الأقارب والرقيق والبهائم ﴾

(قوله وقضى ربك أن لا تعبدوا الا اياه و بالوالدين احسانا) قضى أى أمر وحكم. والاحسان هو ضد الاساءة والقبيح

عنها أن النبي ﷺ قال ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه ويجب عليه نفقة الأجداد والجدات لان اسم الوالدين يقع على الجميع والدليل عليه قوله تعالى ملة أبيكم ابراهيم فسمى الله تعالى ابراهيم أبا وهو جد ولان الجد كالأب والجدة كالأم في أحكام الولادة من رد الشهادة وغيرها وكذلك في ايجاب النفقة ويجب على الأب نفقة الولد لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رجلا جاء الى النبي ﷺ فقال يا رسول الله عندي دينار فقال أنفقه على نفسك قال عندي آخر فقال أنفقه على ولدك قال عندي آخر فقال أنفقه على أهلك قال عندي آخر قال أنفقه على خادمك قال عندي آخر قال أنت أعلم به ويجب عليه نفقة ولد الولد وان سفل لان اسم الولد يقع عليه والدليل عليه قوله عز وجل يا بني آدم وتجب على الأم نفقة الولد لقوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولانه اذا وجبت على الأب وولادته من جهة الظاهر فلأن تجب على الأم وولادتها من جهة القطع أولى وتجب عليها نفقة ولد الولد لما ذكرناه في الأب ولا تجب نفقة من عدا الوالدين والمولودين من الأقارب كالاخوة والاعمام وغيرهما لان الشرع ورد بايجاب نفقة الوالدين والمولودين ومن سواهم لا يلحق بهم في الولادة وأحكام الولادة فلم يلحق بهم في وجوب النفقة

﴿ فصل ﴾ ولا تجب نفقة القريب الا على موسر أو مكتسب يفضل عن حاجته ما ينفق على قريبه وأما من لا يفضل عن نفقته شيء فلا تجب عليه لما روى جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا كان أحدكم فقيرا فليبدأ بنفسه فان كان فضل فعلى عياله فان كان فضل فعلى قرابته فان لم يكن فضل غير ما ينفق على زوجته لم يلزمه نفقة القريب لحديث جابر رضي الله عنه ولأن نفقة القريب مواساة ونفقة الزوجة عوض فقدمت على المواساة ولان نفقة الزوجة تجب لحاجته فقدمت على نفقة القريب كنفقة نفسه

﴿ فصل ﴾ ولا يستحق القريب النفقة على قريبه من غير حاجة فان كان موسرا لم يستحق لانها تجب على سبيل المواساة والموسر مستغن عن المواساة وان كان معسرا عاجزا عن الكسب لعدم البلوغ أو الكبر أو الجنون أو الزمانة استحق النفقة على قريبه لانه محتاج لعدم المال وعدم الكسب وان كان قادرا على الكسب بالصحة والقوة فان كان من الوالدين ففيه قولان أحدهما يستحق لانه محتاج فاستحق النفقة على القريب كالزمن والثاني لا يستحق لان القوة كاليسار ولهذا سوى رسول الله ﷺ بينهما في تحريم الزكاة فقال لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة قوي وان كان من المولودين ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالوالدين ومنهم من قال لا يستحق قولا واحدا لان حرمة الوالد آكد فاستحق بهامع القوة وحرمة الولد أضعف فلم يستحق بهامع القوة

﴿ فصل ﴾ فان كان للذي يستحق النفقة أب وجد أو جد وأبو جد وهما موسران كانت النفقة على الأقرب منهما لانه أحق بالمواساة من الأبعد وان كان له أب وابن موسران ففيه وجهان أحدهما أن النفقة على الأب لان وجوب النفقة عليه منصوص عليه وهو قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ووجوبها على الولد ثبت بالاجتهاد والثاني أنهما سواء لتساويهما في القرب والذكورية وان كان له أب وأم موسران كانت النفقة على الأب لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن فجعل أجرة الرضاع على الأب وروت عائشة رضي الله عنها أن هندا أم معاوية جاءت الى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وانه لا يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما أخذت منه سرا وهو لا يعلم فهل علي في ذلك من شيء فقال النبي صلى الله عليه وسلم خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف ولان الأب ساوى الأم في الولادة وانفرد بالتعصيب فقدم وان كان له أم وجد أبو الأب وهما موسران فالنفقة على الجد لان له ولادة وتعصيبا فقدم على الأم كالأب وان كانت له بنت وابن بنت ففيه قولان أحدهما أن النفقة على البنت لانها أقرب والثاني أنها على ابن البنت لأنه أقوى وأقدر على النفقة

(قوله لا تضار والدة بولدها) يجوز أن يكون معناه لا تضارر على تفاعل وهو أن ينزع ولدها منها ويدفع الى مرضعة أخرى ويجوز أن يكون معناه لا تضار الأم الأب فلا ترضعه (قوله فان كان فضل فعلى عياله) الفضل الزيادة والعيال ههنا الزوجة (قوله لذي مرة قوي) المرة القوة والعقل ومنه قوله تعالى ذو مرة فاستوى يعني جبريل عليه السلام. ورجل ممر قوي شديد

بالذكورية وان كانت له بنت وابن ابن فالنفقة على ابن الابن لان له ولادة وتعصيبا فقدم كما قدم الجد على الأم وان كان له أم وبنت كانت النفقة على البنت لان للبنت تعصيبا وليس للام تعصيب وان كان له أم أم وأبو أم فهما سواء لانهما يتساويان فى القرب وعدم التعصيب وان كان له أم أم وأم أب ففيه وجهان أحدهما أنهما سواء لتساويهما فى الدرجة والثانى أن النفقة على أم الأب لانها تدلى بالعصبة

﴿ فصل ﴾ وان كان الذى تجب عليه النفقة يقدر على نفقة قريب واحد وله أب وأم يستحقان النفقة ففيه ثلاثة أوجه أحدها أن الام أحق لما روى أن رجلا قال يارسول الله من أبر قال أمك قال ثم من قال أمك قال ثم من قال أمك قال ثم من قال أباك ولانها تساوى الاب فى الولادة وتنفرد بالحمل والوضع والرضاع والتربية والثانى أن الاب أحق لانه يساويها فى الولادة وينفرد بالتعصيب ولانهما لو كانا موسرين والابن معسرا قدم الاب فى وجوب النفقة عليها فقدم فى النفقة له والثالث أنهما سواء لان النفقة بالقرابة لا بالتعصيب وهما فى القرابة سواء وان كان له أب وابن ففيه وجهان أحدهما أن الابن أحق لان نفقته ثبتت بنص الكتاب والثانى أن الأب أحق لان حرمته آكد ولهذا لا يقاد بالابن ويقاد به الابن وان كان له ابن وابن ابن أو أب وجد ففيه وجهان أحدهما أن الابن أحق من ابن الابن والاب أحق من الجد لانهما أقرب ولانهما لو كانا موسرين وهو معسر كانت نفقته على أقربهما فكذلك فى نفقته عليهما والثانى أنهما سواء لان النفقة بالقرابة ولهذا لا يسقط أحدهما بالآخر اذا قدر على نفقتهما

﴿ فصل ﴾ ومن وجبت عليه نفقته بالقرابة وجبت نفقته على قدر الكفاية لانها تجب للحاجة فقدرت بالكفاية وان احتاج الى من يخدمه وجبت نفقة خادمه وان كانت له زوجة وجبت نفقة زوجته لان ذلك من تمام الكفاية وان مضت مدة ولم ينفق على من تلزمه نفقته من الاقارب لم يصر دينا عليه لانها وجبت عليه لتزجية الوقت ودفع الحاجة وقد زالت الحاجة لما مضى فسقطت

﴿ فصل ﴾ وان كان له أب فقير مجنون أو فقير زمن واحتاج الى الاعفاف وجب على الولد اعفافه على المنصوص وخرج أبو على ابن خيران قولا آخر أنه لا يجب لانه قريب يستحق النفقة فلا يستحق الاعفاف كالابن والمذهب الاول لانه معنى يحتاج الاب اليه ويلحقه الضرر بفقده فوجب كالنفقة وان كان صحيحا قويا وقلنا انه تجب نفقته وجب اعفافه وان قلنا لا تجب نفقته ففى اعفافه وجهان أحدهما لا يجب لانه لا تجب نفقته فلا يجب اعفافه والثانى وهو قول أبى اسحق أنه يجب اعفافه لان نفقته ان لم تجب على القريب أنفق عليه من بيت المال والاعفاف لا يجب فى بيت المال فوجب على القريب ومن وجب عليه الاعفاف فهو بالخيار بين أن يزوجه بحرة وبين أن يسريه بجارية ولا يجوز أن يزوجه بأمة لانه بالاعفاف يستغنى عن نكاح الامة ولا يعفه بعجوز ولا بقبيحة لان الاصل من العفة هو الاستمتاع ولا يحصل ذلك بالعجوز ولا القبيحة فان زوجه بحرة أو سراه بجارية ثم استغنى لم يلزمه مفارقة الحرة ولا رد الجارية لان ما استحق للحاجة لم يجب رده بزوال الحاجة كما لو قبض نفقة يوم ثم أيسر وان أعفه بحرة فطلقها أو سراه بجارية فأعتقها لم يجب عليه بدلها لان ذلك مواساة لدفع الضرر فلو أوجبنا البدل خرج من حد المواساة وأدى الى الضرر والضرر لا يزال بالضرر وان ماتت عنده ففيه وجهان أحدهما لا يجب البدل لانه يخرج عن حد المواساة والثانى يجب لانه زال ملكه عنها بغير تفريط فوجب بدله كما لو دفع اليه نفقة يوم فسرقت منه

﴿ فصل ﴾ وان احتاج الولد الى الرضاع وجب على القريب ارضاعه لان الرضاع فى حق الصغير كالنفقة فى حق الكبير ولا يجب الا فى حولين كاملين لقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فان كان الولد من زوجته وامتنعت من الارضاع لم تجبر وقال أبو ثور تجبر لقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وهذا خطأ لأنها اذا لم تجبر على نفقة الولد مع وجود الأب لم تجبر على الرضاع وان أرادت ارضاعه كره للزوج منعها لأن لبنها

(قوله لتزجية الوقت) زجيت الشيء تزجية اذا دفعته برفق. وتزجيت بكذا اكتفيت به. و بضاعة مزجاة قليلة (قوله وجب على الولد اعفافه) يقال عف عن الحرام يعف عفا وعفافا وعفافة أى كف فهو عف وعفيف

أوفق له وان أراد منعها منه كان له ذلك لأنه يستحق الاستمتاع بها فى كل وقت الا فى وقت العبادة فلا يجوز لها تفويته عليه بالرضاع وان رضيا بارضاعه فهل تلزمه زيادة على نفقتها فيه وجهان أحدهما تلزمه وهو قول أبى سعيد وأبى اسحق لانها تحتاج فى حال الرضاع الى أكثر مما تحتاج فى غيره والثانى لا تلزمه الزيادة على نفقتها فى النفقة لأن نفقتها مقدرة فلا تجب الزيادة لحاجتها كما لا تجب الزيادة فى نفقة الاكولة لحاجتها وان أرادت ارضاعه بأجرة ففيه وجهان أحدهما لا يجوز وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفرايني رحمة الله عليه لأن أوقات الرضاع مستحقة لاستمتاع الزوج ببدل وهو النفقة فلا يجوز أن تأخذ بدلا آخر والثانى أنه يجوز لأنه عمل يجوز أخذ الأجرة عليه بعد البينونة فجاز أخذ الاجرة عليه قبل البينونة كالنسج وان بانت لم يملك اجبارها على ارضاعه كما لا يملك قبل البينونة فان طلبت أجرة المثل على الرضاع ولم يكن للاب من يرضع بدون الاجرة كانت الام أحق به لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وان طلبت أكثر من أجرة المثل جاز انتزاعه منها وتسليمه الى غيرها لقوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى ولأن ما يوجد بأكثر من عوض المثل كالمعدوم ولهذا لو وجد الماء بأكثر من ثمن المثل جعل كالمعدوم فى الانتقال الى التيمم فكذلك ههنا وان طلبت أجرة المثل وللاب من يرضعه بغير عوض أو بدون أجرة المثل ففيه قولان أحدهما أن الأم أحق بأجرة المثل لأن الرضاع لحق الولد ولأن لبن الأم أصلح له وأنفع وقد رضيت بعوض المثل فكان أحق والثانى أن الأب أحق لأن الرضاع فى حق الصغير كالنفقة فى حق الكبير ولو وجد الكبير من يتبرع بنفقته لم يستحق على الأب النفقة فكذلك اذا وجد من يتبرع بارضاعه لم تستحق على الأب أجرة الرضاع وان ادعت المرأة أن الأب لا يجد غيرها فالقول قول الأب لأنها تدعى استحقاق أجرة المثل والاصل عدمه

﴿ فصل ﴾ و يجب على المولى نفقة عبده وأمته وكسوتهما لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للمملوك طعامه وكسوته ولا يكلف من العمل الا ما يطيق و يجب عليه نفقته من قوت البلد لأنه هو المتعارف فان تولى طعامه استحب أن يطعمه منه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال قال أبو القاسم صلى الله عليه وسلم اذا جاء أحدكم خادمه بطعام فليجلسه معه فان لم يجلسه معه فليناوله أكلة أو أكلتين فانه تولى علاجه وحره فان كانت له جارية للتسرى استحب أن تكون كسوتها أعلى من كسوة جارية الخدمة لأن العرف أن تكون كسوتها أعلى فوق كسوة جارية الخدمة

﴿ فصل ﴾ ولا يكلف عبده وأمته من الخدمة ما لا يطيقان لقوله صلى الله عليه وسلم ولا يكلفه من العمل ما لا يطيق ولا يسترضع الجارية الا ما فضل عن ولدها لأن فى ذلك اضرارا بولدها وان كان لعبده زوجة أذن له فى الاستمتاع بالليل لأن اذنه بالنكاح يتضمن الاذن فى الاستمتاع بالليل وان مرض العبد أو الامة أو عميا أو زمنا لزمه نفقتهما لأن نفقتهما بالملك ولهذا تجب مع الصغر فوجبت مع العمى والزمانة ولا يجوز أن يجبر عبده على المخارجة لأنه معاوضة فلم يملك اجباره عليها كالكتابة وان طلب العبد ذلك لم يجبر المولى كما لا يجبر اذا طلب الكتابة فان اتفقا عليها وله كسب جاز لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم حجمه أبو طيبة فأعطاه أجره وسأل مواليه أن يخففوا من خراجه وان لم يكن له كسب لم يجز لأنه لا يقدر على أن يدفع اليه من جهة تحل فلم يجز

﴿ فصل ﴾ ومن ملك بهيمة لزمه القيام بعلفها لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عذبت امرأة فى هرة حبستها حتى ماتت جوعا فدخلت فيها النار فقيل لها والله أعلم لا أنت أطعمتها وسقيتها حين حبستها ولا أنت أرسلتها حتى تأكل من خشاش الارض حتى ماتت جوعا ولا يجوز له أن يحمل عليها ما لا تطيق لان النبى صلى الله عليه وسلم

(قوله أكلة أو أكلتين) الأكلة بالضم اللقمة والأكلة بالفتح فى غير هذه المرة الواحدة (قوله تولى علاجه وحره) عالجت الشيء معالجة وعلاجا اذا زوالته وعانيته وحره تعبه ومشقته (قوله من خراجه) الخرج والخراج الاتاوة وهو أن يجعل عليه سيده له شيئا فى كل يوم أو فى كل شهر (قوله من خشاش الارض) هى الحشرات تفتح وتكسر وهى صغار الهوام. وسميت بذلك لأنها تخش فى الأرض أى تدخل

منع أن يكلف العبد مالا يطيق فوجب أن تكون البهيمة مثله ولا يحلب من لبنها الا مايفضل عن ولدها لانه غذاء للولد فلا يجوز منعه

﴿ فصل ﴾ وان امتنع من الانفاق على رقيقه أو على بهيمته أجبر عليه كما يجبر على نفقة زوجته وان لم يكن له مال أكرى عليه ان أمكن اكراؤه فان لم يمكن بيع عليه كما يزال الملك عنه فى امرأته اذا أعسر بنفقتهما والله أعلم

﴿ باب الحضانة ﴾

اذا افترق الزوجان ولهما ولد بالغ رشيد فله أن ينفرد عن أبويه لأنه مستغن عن الحضانة والكفالة والمستحب أن لا ينفرد عنهما ولا يقطع بره عنهما وان كانت جارية كره لها أن تنفرد لانها اذا انفردت لم يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها وان كان لهما ولد مجنون أو صغير لا يميز وهو الذى له دون سبع سنين وجبت حضانته لأنه ان ترك حضانته ضاع وهلك

﴿ فصل ﴾ ولا تثبت الحضانة لرقيق لانه لا يقدر على القيام بالحضانة مع خدمة المولى ولا تثبت لمعتوه لانه لا يكمل للحضانة ولا تثبت لفاسق لانه لا يوفى الحضانة حقها ولان الحضانة انما جعلت لحظ الولد ولا حظ للولد فى حضانة الفاسق لانه ينشأ على طريقته ولا تثبت لكافر على مسلم وقال أبو سعيد الاصطخرى تثبت للكافر على المسلم لما روى عبد الحميد بن سلمة عن أبيه أنه قال أسلم أبى وأبت أمى أن تسلم وأنا غلام فاختصما الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا غلام اذهب الى أيهما شئت ان شئت الى أبيك وان شئت الى أمك فتوجهت الى أمى فلما رآنى النبى ﷺ سمعته يقول اللهم اهده فلت الى أبى فقعدت فى حجره والمذهب الأول لان الحضانة جعلت لحظ الولد ولا حظ للولد المسلم فى حضانة الكافر لانه يفتنه عن دينه وذلك من أعظم الضرر والحديث منسوخ لأن الامة أجمعت على أنه لا يسلم الصبى المسلم الى الكافر ولا حضانة للمرأة اذا تزوجت لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن امرأة قالت يا رسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وثديى له سقاء وحجرى له حواء وان أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى فقال رسول الله ﷺ أنت أحق به مالم تنكحى ولانها اذا تزوجت اشتغلت باستمتاع الزوج عن الحضانة فان أعتق الرقيق وعقل المعتوه وعدل الفاسق وأسلم الكافر عاد حقهم من الحضانة لأنها زالت العلة فعادت بزوال العلة واذا طلقت المرأة عاد حقها من الحضانة وقال المزنى ان كان الطلاق رجعيا لم يعد لأن النكاح باق وهذا خطأ لأنه انما سقط حقها بالنكاح لاشتغالها باستمتاع الزوج وبالطلاق الرجعى يحرم الاستمتاع كما يحرم بالطلاق البائن فعادت الحضانة

﴿ فصل ﴾ ولا حضانة لمن لا يرث من الرجال من ذوى الارحام وهم ابن البنت وابن الاخت وابن الأخ من الأم وأبو الأم والخال والعم من الام لأن الحضانة انما تثبت للنساء لمعرفتهن بالحضانة أو لمن له قوة قرابة بالميراث من الرجال وهذا لا يوجد فى ذوى الارحام من الرجال ولا يثبت لمن أدلى بهم من الذكور والاناث لأنه اذا لم يثبت لهم لضعف قرابتهم فلأن لا يثبت لمن يدلى بهم أولى

﴿ فصل ﴾ وان اجتمع النساء دون الرجال وهن من أهل الحضانة فالأم أحق من غيرها لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبى ﷺ قال أنت أحق به مالم تنكحى ولأنها أقرب اليه وأشفق عليه ثم تنتقل الى من يرث من أمهاتها لمشاركتهن الأم فى الولادة والارث ويقدم الأقرب فالأقرب ويقدمن على أمهات الاب وان قربن لتحقق ولادتهن ولأنهن أقوى فى الميراث من أمهات الأب لأنهن لا يسقطن بالأب وتسقط أمهات الأب بالأم فاذا عدم من يصلح للحضانة من أمهات الأم ففيه قولان قال فى القديم تنتقل الى الاخت والخالة ويقدمان على أم الاب لما روى البراء بن عازب رضى الله عنه أن النبى ﷺ قضى فى بنت حمزة لخالتها وقال الخالة بمنزلة الأم ولأن الخالة تدلى بالأم وأم الاب تدلى بالاب والأم تقدم على الاب فقدم من يدلى بها على من

﴿ ومن باب الحضانة ﴾

مشتقة من الحضن وهو مادون الابط الى الكشح. وحضنا الشىء جانباه وحضن الطائر بيضه اذا ضمه الى نفسه تحت جناحه وكذلك المرأة اذا حضنت ولدها. والمعتوه الناقص العقل (قوله وحجرى له حواء) الحجر بمعنى الحضن وحواء أى يحويه ويحيط به. والحواء بيوت مجتمعة من الناس والجمع الاحوية

يدلى به ولأن الأخت ركضت مع الولد فى الرحم ولم تركض أم الاب معه فى الرحم فقدمت عليها فعلى هذا تكون الحضانة للاخت من الأب والأم ثم الأخت من الام ثم الخالة ثم لأم الأب ثم للاخت من الأب ثم للعمة وقال فى الجديد اذا عدمت أمهات الام انتقلت الحضانة الى أم الأب وهو الصحيح لانها جدة وارثة فقدمت على الاخت والخالة كأم الام فعلى هذا تكون الحضانة لام الاب ثم لامهاتها وان علون الاقرب فالاقرب و يقدمن على أم الجد كما يقدم الاب على الجد فان عدمت أمهات الاب انتقلت الى أمهات الجد ثم الى أمهاتها وان علون ثم تنتقل الى أمهات أب الجد فاذا عدم أمهات الابوين انتقلت الى الاخوات و يقدمن على الخالات والعمات لانهن راكضن الولد فى الرحم وشاركنه فى النسب وتقدم الاخت من الاب والام ثم الاخت للاب ثم الاخت للام وقال أبو العباس ابن سريج تقدم الاخت للام على الاخت للاب لان احداهما تدلى بالام والاخرى تدلى بالاب فقدم المدلى بالام على المدلى بالاب كما قدمت الام على الاب وهذا خطأ لان الاخت من الاب أقوى من الاخت من الام فى الميراث والتعصيب مع البنات ولان الاخت من الاب تقوم مقام الاخت من الاب والام فى الميراث فقامت مقامها فى الحضانة فان عدمت الاخوات انتقلت الى الخالات و يقدمن على العمات لان الخالة تساوى العمة فى الدرجة وعدم الارث وتدلى بالام والعمة تدلى بالاب والام تقدم على الاب فقدم من يدلى بها وتقدم الخالة من الاب والام على الخالة من الاب ثم الخالة من الاب ثم الخالة من الام ثم تنتقل الى العمات لانهن يدلين بالاب وتقدم العمة من الاب والام ثم العمة من الاب ثم العمة من الام وعلى قياس قول المزنى وأبى العباس تقدم الخالة والعمة من الأم على الخالة والعمة من الأب

﴿فصل﴾ وان اجتمع الرجال وهم من أهل الحضانة وليس معهم نساء قدم الاب لان له ولادة وفضل شفقة ثم تنتقل الى آبائه الاقرب فالاقرب لمشاركتهم الاب فى الولادة والتعصيب فان عدم الاجداد انتقلت الى من بعدهم من العصبات ومن أصحابنا من قال لا يثبت لغير الآباء والاجداد من العصبات لانه لا معرفة لهم فى الحضانة ولا لهم ولاية بأنفسهم فلم تكن لهم حضانة كالاجانب والمنصوص هو الاول والدليل عليه ما روى البراء بن عازب رضى الله عنه انه اختصم فى بنت حمزة على وجعفر و زيد بن حارثة رضى الله عنهم فقال على عليه السلام أنا أحق بها وهى بنت عمى وقال جعفر ابنة عمى وخالتها عندى وقال زيد بنت أخى فقضى بها رسول الله ﷺ لخالتها وقال الخالة بمنزلة الام ولو لم يكن ابن العم من أهل الحضانة لانكر النبى ﷺ على جعفر وعلى على رضى الله عنهما ادعاءهما الحضانة بالعمومة ولأن له تعصيبا بالقرابة فثبتت له الحضانة كالأب والجد فعلى هذا تنتقل الى الأخ من الأب والأم ثم الى الأخ من الأب ثم الى ابن الأخ من الأب والأم ثم الى ابن الأخ من الأب ثم الى العم من الأب والأم ثم الى العم من الأب ثم الى ابن العم من الأب والأم ثم الى ابن العم من الأب لأن الحضانة تثبت لهم بقوة قرابتهم بالارث فقدم من تقدم فى الارث

﴿فصل﴾ وان اجتمع الرجال والنساء والجميع من أهل الحضانة نظرت فان اجتمع الأب مع الأم كانت الحضانة للام لأن ولادتها متحققة وولادة الاب مظنونة ولان لها فضلا بالحمل والوضع ولها معرفة بالحضانة فقدمت على الاب فان اجتمع مع أم الام وان علت كانت الحضانة لام الام لانها كالام فى تحقق الولادة والميراث ومعرفة الحضانة وان اجتمع مع أم نفسه أو مع الاخت من الاب أو مع العمة قدم عليهن لانهن يدلين به فقدم عليهن وان اجتمع الاب مع الاخت من الام أو الخالة ففيه وجهان أحدهما أن الاب أحق وهو ظاهر النص لان الاب له ولادة وارث فقدم على الاخت والخالة كالام والثانى وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه يقدم الاخت والخالة على الاب لانهما من أهل الحضانة والتربية و يدليان بالام فقدمتا على الاب كأمهات الام وان اجتمع الاب وأم الاب والاخت من الام أو الخالة بنينا على القولين فى الاخت من الام والخالة اذا اجتمعا مع أم الاب فان قلنا بقوله القديم ان الاخت والخالة يقدمان على أم الاب قدمت الاخت والخالة على الاب وأم الاب وان قلنا بقوله الجديد ان أم الاب تقدم على الأخت والخالة بنينا على الوجهين فى الاب اذا اجتمع مع الاخت من الام أو الخالة فان قلنا بظاهر النص ان الأب يقدم عليهما كانت الحضانة للاب لأنه يسقط الأخت والخالة وأم نفسه فانفرد بالحضانة وان قلنا بالوجه الآخر ان الحضانة للاخت والخالة ففى هذه المسئلة وجهان أحدهما أن الحضانة للاخت والخالة لأن أم الاب تسقط بالاب والاب يسقط بالأخت والخالة والثانى ان الحضانة

(قوله راكضن الولد) الركض تحرك الرجل ومنه قوله تعالى اركض برجلك ، وأراد أنهم ركضوا بأرجلهم فى رحم واحدة أى حركوها جميعا

للاب وهو قول أبي سعيد الاصطخري رحمة الله عليه لأن الأخت والخالة يسقطان بأم الأب ثم تسقط أم الأب بالأب فتصير الحضانة للاب ويجوز أن يمنع الشخص غيره من حق ثم لا يحصل له ما منع منه غيره كالاخوين مع الابوين فانهما يحجبان الام من الثلث الى السدس ثم لا يحصل لهما ما منعاه بل يصير الجميع للاب وان اجتمع الجد أب الاب مع الام أو مع أم الام وان علت قدمت عليه كما تقدم على الاب وان اجتمع مع أم الاب قدمت عليه لانها تساويه في الدرجة وتنفرد بمعرفة الحضانة فقدمت عليه كما قدمت الام على الاب وان اجتمع مع الخالة أو مع الاخت من الام ففيه وجهان كما لو اجتمع مع الأبوان اجتمع مع الاخت من الاب ففيه وجهان أحدهما ان الجد أحق لانه كالاب في الولادة والتعصيب فكذلك في التقدم على الاخت والثاني ان الاخت أحق لانها تساويه في الدرجة وتنفرد بمعرفة الحضانة

﴿فصل﴾ وان عدم الامهات والآباء ففيه ثلاثة أوجه أحدها ان النساء أحق بالحضانة من العصبات فتكون الاخوات والخالات ومن أدلى بهن من البنات أحق من الاخوة وبنيهم والاعمام وبنيهم لاختصاصهن بمعرفة الحضانة والتربية والثاني ان العصبات أحق من الاخوات والخالات والعمات ومن يدلى بهن لاختصاصهم بالنسب والقيام بتأديب الولد والثالث انه ان كان العصبات أقرب قدموا وان كان النساء أقرب قدمن وان استويا في القرب قدمت النساء لاختصاصهن بالتربية وان استوى اثنان في القرابة والادلاء كالاخوين أو الاختين أو الخالتين أو العمتين أقرع بينهما لانه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة ولا مزية لاحدهما على الاخرى فوجب التقديم بالقرعة وان عدم أهل الحضانة من العصبات والنساء وله أقارب من رجال ذوى الارحام ومن يدلى بهم ففيه وجهان أحدهما انهم أحق من السلطان لان لهم رحما فكانوا أحق من السلطان كالعصبات والثاني أن السلطان أحق بالحضانة لانه لاحق لهم مع وجود غيرهم فكان السلطان أحق منهم كما قلنا في الميراث وان كان للطفل ابوان فثبتت الحضانة للأم فامتنعت منها فقد ذكر أبو سعيد الاصطخري فيه وجهين أحدهما أن الحضانة تنتقل الى ام الام كما تنتقل اليها بموت الام أو جنونها أو فسقها أو كفرها والثاني انها تكون للاب لان الأم لم يبطل حقها من الحضانة لأنها لو طالبت بها كانت أحق فلم تنتقل الى من يدلى بها

﴿فصل﴾ وان افترق الزوجان ولهما ولد له سبع سنين أو ثمان سنين وهو مميز وتنازعا كفالته خير بينهما لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال جاءت امرأة الى رسول الله ﷺ فقالت يارسول الله ان زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني فقال رسول الله ﷺ هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به فان اختارهما أقرع بينهما لانه لا يمكن اجتماعهما على كفالته ولا مزية لاحدهما على الآخر فوجب التقديم بالقرعة وان لم يختر واحدا منهما أقرع بينهما لانه لا يمكن تركه وحده ما لم يبلغ لانه يضيع ولا مزية لاحدهما على الآخر فوجبت القرعة وان اختار أحدهما نظرت فان كان ابنا فاختار الام كان عندها بالليل ويأخذه الاب بالنهار ويسلمه في مكتب أو صنعة لان القصد حظ الولد وحظ الولد فيما ذكرناه وان اختار الاب كان عنده بالليل والنهار ولا يمنعه من زيارة أمه لان المنع من ذلك اغراء بالعقوق وقطع الرحم فان مرض كانت الام أحق بتمريضه لان بالمرض صار كالصغير في الحاجة الى من يقوم بأمره فكانت الام أحق به وان كانت جارية فاختارت أحدهما كانت عنده بالليل والنهار ولا يمنع الآخر من زيارتها من غير اطالة وتبسط لان الفرقة بين الزوجين تمنع من تبسط أحدهما في دار الآخر وان مرضت كانت الام أحق بتمريضها في بيتها وان مرض أحد الابوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته لما ذكرناه وان اختار أحدهما فسلم اليه ثم اختار الآخر حول اليه وان عاد فاختار الاول

(قوله لا مزية لاحدهما) أى لا فضيلة . والكفالة بالولد أن يعوله ويقوم بأمره ومنه قوله تعالى وكفلها زكريا (قوله بئر أبي عنبة) بالنون والباء على ميل من المدينة قال ابن الجوزى أبو عنبة عبد الله بن عنبة من الصحابة ليس فيهم أبو عنبة غيره. قال في المؤتلف والمختلف أبو عنبة الجولاني له صحبة (قوله ويسلمه في مكتب) قال الجوهرى الكتاب والمكتب واحد والجمع الكتاتيب والمكاتب وأراد موضع تعليم الكتابة (قوله اغراء بالعقوق) الاغراء الالصاق بالغراء المعروف كأنه جعله سببا لوقوع العقوق ولصوقا به (قوله وتبسط) التبسط والانبساط ترك الاحتشام. وتبسط في البلاد سافر فيها طولا وعرضا وأصله السعة وذلك محرم على من طلق

أعيد اليه لان الاختيار الى شهوته وقد يشتهي المقام عند أحدهما في وقت وعند الآخر في وقت فاتبع مايشتهيه كما يتبع مايشتهيه من مأكول ومشروب وان لم يكن له أب وله أم وجد خير بينهما لان الجد كالاب في الحضانة في حق الصغير فكان كالاب في التخيير في الكفالة فان لم يكن له أب ولا جد فان قلنا انه لاحق لغير الاب والجد في الحضانة ترك مع الام الى أن يبلغ وان قلنا بالمنصوص ان الحضانة تثبت للعصبة فان كانت العصبة محرما كالعم والاخ وابن الاخ خير بينهم و بين الأم لما روى عامر بن عبدالله قال خاصم عمي أمي وأراد أن يأخذني فاختصما الى علي بن أبي طالب كرم الله وجهه فخيرني على ثلاث مرات فاخترت أمي فدفعني اليها فان كان العصبة ابن عم فان كان الولد ابنا خير بينه و بين الام وان كانت بنتا كانت عند الام الى أن تبلغ ولا تخير بينهما لان ابن العم ليس بمحرم لها ولا يجوز أن تسلم اليه

﴿فصل﴾ وان افترق الزوجان ولهما ولد فأراد أحدهما أن يسافر بالولد فان كان السفر مخوفا أو البلد الذي يسافر اليه مخوفا فالمقيم أحق به فان كان مميزا لم يخير بينهما لان في السفر تغريرا بالولد وان كان السفر مسافة لا تقصر فيها الصلاة كانا كالمقيمين في حضانة الصغير و يخير المميز بينهما لانهما يستويان في انتفاء أحكام السفر من القصر والفطر والمسح فصارا كالمقيمين في محلتين في بلد واحد وان كان السفر لحاجة لا للنقلة كان المقيم أحق بالولد لانه لاحظ للولد في حله ورده وان كان السفر للنقلة الى موضع يقصر فيه الصلاة من غير خوف فالاب أحق به سواء كان هو المقيم أو المسافر لان في الكون مع الام حضانة وفي الكون مع الاب حفظ النسب والتأديب وفي الحضانة يقوم غير الام مقامها وفي حفظ النسب لا يقوم غير الاب مقامه فكان الاب أحق وان كان المسافر هو الاب فقالت الام يسافر لحاجة فأنا احق وقال الاب أسافر للنقلة فأنا أحق فالقول قول الاب لانه أعرف بنيته و بالله التوفيق

﴿ كتاب الجنايات ﴾

﴿ باب تحريم القتل ﴾

ومن يجب عليه القصاص ومن لا يجب عليه. القتل بغير حق حرام وهو من الكبائر العظام والدليل عليه قوله عز وجل ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما و روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال لقتل مؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا و روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال لو أن أهل السموات والارض اشتركوا في قتل مؤمن لعذبهم الله عز وجل الا ان لا يشاء ذلك

﴿فصل﴾ و يجب القصاص بجناية العمد وهو ان يقصد الاصابة بما يقتل غالبا فيقتله والدليل عليه قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص وقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد الآية وقوله تعالى ولكم في القصاص حياة يا أولي الالباب و روى عثمان رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث الزاني المحصن والمرتد عن دينه وقاتل النفس ولانه لو لم يجب القصاص أدى ذلك الى سفك الدماء وهلاك الناس ولا يجب بجناية الخطأ وهو أن يقصد غيره فيصيبه فيقتله لقوله عليه السلام

(قوله تغريرا بالولد) اى خطرا من غير يقين بالسلامة

﴿ ومن كتاب الجنايات ﴾

(قوله لعذبهم الله الا أن لا يشاء ذلك) معناه الا ان لا يشاء ولي المقتول (قوله كتب عليكم القصاص) اى فرض واوجب ومثله وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله كتب عليكم الصيام وكتب عليكم القتال. والقصاص والقصص اتباع الاثر يقال قص أثره يقصه اذا اتبعه ومنه قوله تعالى وقالت لاخته قصيه أي اتبعيه وقوله تعالى فارتدا على آثارهما قصصا فكأن المقتص يتبع أثر جناية الجاني فيجرحه مثلها. والقصاص أيضا المماثلة ومنه أخذ القصاص لانه يجرحه مثل جرحه أو يقتله به وقيل اصله من القص وهو القطع لان المقتص يقطع من بدنه مثل ماقطع الجاني ومنه سمي الجلم مقصا وسمي القود قودا لان الجاني يقاد الى اولياء المقتول فيقتلونه به ان شاؤا. وقيل هو المماثلة

رفع عن أمتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه ولأن القصاص عقوبة مغلظة فلا يستحق مع الخطأ ولا يجب في عمد الخطأ وهو أن يقصد الاصابة بما لا يقتل غالبا فيموت منه لأنه لم يقصد القتل فلا يجب عليه عقوبة القتل كما لا يجب حد الزنا في وطء الشبهة حيث لم يقصد الزنا

﴿فصل﴾ ولا يجب القصاص على صبي ولا مجنون لقوله ﷺ رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولأنه عقوبة مغلظة فلم يجب على الصبي والمجنون كالحدود والقتل بالكفر وفي السكران طريقان من أصحابنا من قال يجب عليه القصاص قولا واحدا ومنهم من قال فيه قولان وقد بيناه في كتاب الطلاق

﴿فصل﴾ و يقتل المسلم بالمسلم والذمي بالذمي والحر بالحر والعبد بالعبد والذكر بالذكر والانثى بالانثى لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى و يقتل الذمي بالمسلم والعبد بالحر والانثى بالذكر لانه اذا قتل كل واحد منهم بمن هو مثله فلأن يقتل بمن هو أفضل منه أولى و يقتل الذكر بالانثى لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب الى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن ان الرجل يقتل بالمرأة ولأن المرأة كالرجل في حد القذف فكانت كالرجل في القصاص

﴿فصل﴾ ولا يجب القصاص على المسلم بقتل الكافر ولا على الحر بقتل العبد لما روى عن علي كرم الله وجهه انه قال من السنة أن لا يقتل مسلم بكافر ومن السنة ان لا يقتل حر بعبد فان جرح ذمي ذميا ثم أسلم الجاني أو جرح عبد عبدا ثم أعتق الجاني اقتص منه لانهما متكافئان منه حال الوجوب والاعتبار بحال الوجوب لان القصاص كالحد والحد يعتبر بحال الوجوب بدليل أنه اذا زنى وهو بكر ثم أحصن أقيم عليه حد البكر ولو زنى وهو عبد ثم أعتق أقيم عليه حد العبد فوجب أن يعتبر القصاص أيضا بحال الوجوب وان قطع مسلم يد ذمي ثم أسلم ثم مات أو قطع حر يد عبد ثم أعتق ثم مات لم يجب القصاص لان التكافؤ معدوم عند وجود الجناية فان جرح مسلم مسلما ثم ارتد المجروح ثم أسلم ثم مات فان أقام في الردة زمانا يسري الجرح في مثله لم يجب القصاص لان الجناية في الاسلام توجب القصاص والسراية في الردة تسقط القصاص فغلب الاسقاط كما لو جرح جرحا عمدا وجرحا خطأ فان لم يقم في الردة زمانا يسري فيه الجرح ففيه قولان أحدهما لا يجب فيه القصاص لانه أتى عليه زمان لو مات فيه لم يجب القصاص فسقط والثاني يجب القصاص وهو الصحيح لان الجناية والموت وجدا في حال الاسلام وزمان الردة لم يسر فيه الجرح فكان وجوده كعدمه وان قطع يده ثم ارتد ثم مات ففيه قولان أحدهما يسقط القصاص في الطرف لانه تابع للنفس فاذا لم يجب القصاص في النفس لم يجب في الطرف والثاني وهو الصحيح انه يجب لان القصاص في الطرف يجب مستقرا فلا يسقط بسقوطه في النفس والدليل عليه انه لو قطع طرف انسان ثم قتله من لا قصاص عليه لم يسقط القصاص في الطرف وان سقط في النفس

﴿فصل﴾ وان قتل مرتد ذميا ففيه قولان أحدهما انه يجب القصاص وهو اختيار المزني لانهما كافران فجرى القصاص بينهما كالذميين والثاني انه لا يجب لان حرمة الاسلام باقية في المرتد بدليل انه يجب عليه قضاء العبادات و يحرم استرقاقه وان كانت امرأة لم يجز للذمي نكاحها فلا يجوز قتله بالذمي وان جرح مسلم ذميا ثم ارتد الجاني ثم مات المجني عليه لم يجب القصاص قولا واحدا لانه عدم التكافؤ في حال الجناية فلم يجب القصاص وان وجد التكافؤ بعد ذلك كما لو جرح حر عبدا ثم أعتق العبد وان قتل ذمي مرتدا فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال يجب عليه القصاص ان كان القتل عمدا والدية ان كان خطأ لان الذمي لا يقتل المرتد تدينا وانما يقتله عنادا فأشبه اذا قتل مسلما وقال أبو اسحق لا يلزمه قصاص ولا دية وهو الصحيح لانه مباح الدم فلم يضمن بالقتل كما لو قتله مسلم وقال أبو سعيد الاصطخري ان قتله عمدا وجب القصاص لانه قتله عنادا وان قتله خطأ لم تلزمه الدية لانه لا حرمة له

﴿فصل﴾ وان حبس السلطان مرتدا فأسلم وخلاه فقتله مسلم لم يعلم باسلامه ففيه قولان أحدهما لا قصاص عليه لانه لم

(قوله التكافؤ) الكفء هو النظير. والكفاءة بالفتح. والمد يقال فلان ليس له كفؤ أي نظير ومماثل وقد ذكر في النكاح

(قوله عنادا) عانده معاندة وعنادا أي عارضه. وعند يعند بالكسر عنودا أي خالف ورد الحق وهو يعرفه فهو عنيد وعاند

يقصد قتل من يكافئه والثانى يجب عليه القصاص لان المرتد لايخلى الابعد الاسلام فالظاهر انه مسلم فوجب القصاص بقتله وان قتل المسلم الزانى المحصن ففيه وجهان أحدهما يجب عليه القصاص لان قتله لغيره فوجب عليه القصاص بقتله كما لو قتل رجل رجلا فقتله غير ولى الدم والثانى لايجب وهو المنصوص لانه مباح الدم فلايجب القصاص بقتله كالمرتد

﴿ فصل ﴾ ولايجب القصاص على الأب بقتل ولده ولاعلى الأم بقتل ولدها لماروى عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال لايقاد الأب من ابنه فاذاثبت هذا فى الأب ثبت فى الأم لأنها كالأب فى الولادة ولايجب على الجد وان علا ولاعلى الجدة وان علت بقتل ولد الولد وان سفل لمشاركتهم الأب والأم فى الولادة وأحكامها وان ادعى رجلان نسب لقيط ثم قتلاه قبل أن يلحق نسبه بأحدهما لم يجب القصاص لأن كل واحد منهما يجوز أن يكون هو الأب وان رجعا فى الدعوى لم يقبل رجوعهما لأن النسب حق وجب عليهما فلايقبل رجوعهما فيه بعد الاقرار وان رجع أحدهما وجب عليه القصاص لأنه ثبتت الابوة للآخر وانقطع نسبه من الراجع وان اشترك رجلان فى وطء امرأة وأتت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما وقتلاه قبل أن يلحق بأحدهما لم يجب القصاص وان أنكر أحدهما النسب لم يقبل انكاره ولم يجب عليه القصاص لأن بانكاره لاينقطع النسب عنه ولا يلحق بالآخر بخلاف المسئلة قبلها فان هناك لحق النسب بالآخر وانقطع عن الراجع وان قتل زوجته وله منها ابن لم يجب عليه القصاص لأنه اذا لم يجب له عليه بجنايته عليه فلايجب له عليه بجنايته على أمه وان كان لها ابنان أحدهما منه والآخر من غيره لم يجب عليه القصاص لأن القصاص لايتبعض فاذا سقط نصيب ابنه سقط نصيب الآخر كما لو وجب لرجلين على رجل قصاص فعفا أحدهما عن حقه وان اشترى المكاتب أباه وعنده عبد فقتل أبوه العبد لم يجز للمكاتب أن يقتص منه لانه اذا لم يجب له القصاص عليه بجنايته عليه لم يجب بجنايته على عبده

﴿ فصل ﴾ ويقتل الابن بالأب لأنه اذا قتل بمن يساويه فلان يقتل بمن هو أفضل منه أولى وان جنى المكاتب على أبيه وهو فى ملكه ففيه وجهان أحدهما لايقتص منه لأن المولى لايقتص منه لعبده والثانى يقتص منه واليه أومأ الشافعى رحمه الله فى بعض كتبه لأن المكاتب ثبت له حق الحرية بالكتابة وأبوه ثبت له حق الحرية بالابن ولهذا لايملك بيعه فصار كالابن الحر اذا جنى على أبيه الحر

﴿ فصل ﴾ وان قتل مسلم ذميا أو قتل حر عبدا أو قتل الأب ابنه فى الحرابة ففيه قولان أحدهما لايجب عليه القصاص لما ذكرناه من الاخبار ولأن من لايقتل بغيره اذا قتله فى غير الحرابة لم يقتل به اذا قتله فى الحرابة كالمخطىء والثانى أنه يجب لأن القتل فى الحرابة تأكد لحق الله تعالى حتى لايجوز فيه عفو الولى فلم يعتبر فيه التكافؤ كحد الزنا

﴿ فصل ﴾ وتقتل الجماعة بالواحد اذا اشتركوا فى قتله وهو أن يجنى كل واحد منهم جناية لو انفرد بها ومات أضيف القتل اليه ووجب القصاص عليه والدليل عليه ماروى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قتل سبعة أنفس من أهل صنعاء قتلوا رجلا وقال لو تمالأ فيه أهل صنعاء لقتلتهم ولأنا لو لم نوجب القصاص عليهم جعل الاشتراك طريقا الى اسقاط القصاص وسفك الدماء فان اشترك جماعة فى القتل وجناية بعضهم عمد او جناية البعض خطأ لم يجب القصاص على واحد منهم لأنه لم يتمحض قتل العمد فلم يجب القصاص وان اشترك الأب والاجنبى فى قتل الابن وجب القصاص على الأجنبى لان مشاركة الأب لم تغير صفة العمد فى القتل فلم يسقط القود عن شريكه كمشاركة غير الأب وان اشترك صبى و بالغ فى القتل فان قلنا ان عمد الصبى خطأ لم يجب القصاص على البالغ لأن شريكه مخطىء وان قلنا ان عمده عمد وجب لان شريكه عامد فهو كشريك الأب وان جرح رجل نفسه وجرحه آخر أو جرحه سبع وجرحه آخر ومات ففيه قولان أحدهما يجب القصاص على الجارح لأنه شاركه فى القتل عامدا فوجب عليه القصاص كشريك الأب والثانى لايجب لأنه اذا لم يجب على شريك المخطىء وجنايته مضمونة فلأن لايجب على شريك

(قوله لو تمالأ فيه أهل صنعاء) يقال تمالأوا على الامر اجتمعوا عليه . ومالأت فلانا على الأمر ممالأة ساعدته عليه وشايعته . قال على كرم الله وجهه والله ماقتلت عثمان ولامالأت على قتله (قوله لم يتمحض) أى لم يخلص . المحض الخالص من كل شىء

الجارح نفسه والسبع وجنايتهما غير مضمونة أولى وان جرحه رجل جراحة وجرحه آخر مائة جراحة وجب القصاص عليهما لان الجرح له سراية فى البدن وقد يموت من جرح واحد ولا يموت من جراحات فلم تمكن اضافة القتل الى واحد بعينه ولا يمكن اسقاط القصاص فوجب على الجميع وان قطع أحدهما يده وحز الآخر رقبته أو قطع حلقومه ومريئه أو شق بطنه فأخرج حشوته فالأول قاطع يجب عليه ما يجب على القاطع والثانى قاتل لأن الثانى قطع سراية القطع فصار كما لو اندمل الجرح ثم قتله الآخر وان قطع أحدهما حلقومه ومريئه أو شق بطنه وأخرج حشوته ثم حز الآخر رقبته فالقاتل هو الأول لأنه لا تبقى بعد جنايته حياة مستقرة وانما يتحرك حركة مذبوح ولهذا يسقط حكم كلامه فى الاقرار والوصية والاسلام والتوبة وان أجافه جائفة يتحقق الموت منها الا أن الحياة فيه مستقرة ثم قتله الآخر كان القاتل هو الثانى لأن حكم الحياة باق ولهذا أوصى عمر رضى الله عنه بعد ما سقى اللبن وخرج من الجرح ووقع الاياس منه فعمل بوصيته فجرى مجرى المريض المأيوس منه اذا قتل وان جرحه رجل فداوى جرحه بسم غير موح الا أنه يقتل فى الغالب أو خاط جرحه فى لحم حى أو خاف التآكل فقطعه فمات ففى وجوب القتل على الجانى طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما يجب عليه القتل والثانى لا يجب لأنه شاركه فى القتل من لا ضمان عليه فكان فى قتله قولان كالجارح اذا شاركه المجروح أو السبع فى الجرح ومنهم من قال لا يجب عليه القتل قولا واحدا لأن المجروح ههنا لم يقصد الجناية وانما قصد المداواة فكان فعله عمد خطأ فلم يجب القتل على شريكه والمجروح هناك والسبع قصدا الجناية فوجب القتل على شريكهما وان كان على رأس مولى عليه سلعة فقطعها وليه أو جرحه رجل فداواه الولى بسم غير موح أو خاط جرحه فى لحم حى ومات ففيه قولان أحدهما يجب على الولى القصاص لأنه جرح جرحا مخوفا فوجب عليه القصاص كما لو فعله غير الولى والثانى لا قصاص عليه لأنه لم يقصد الجناية وانما قصد المداواة وله نظر فى مداواته فلم يجب عليه القصاص فان قلنا يجب عليه القصاص وجب على الجارح لأنهما شريكان فى القتل وان قلنا لا قصاص عليه لم يجب على الجارح لأنه شارك من فعله عمد خطأ

﴿ باب ما يجب به القصاص من الجنايات ﴾

اذا جرحه بما يقطع الجلد واللحم كالسيف والسكين والسنان أو بما حدد من الخشب والحجر والزجاج وغيرها أو بماله مور وبعد غور كالمسلة والنشاب وما حدد من الخشب والقصب ومات منه وجب عليه القود لأنه قتله بما يقتل غالبا وان غرز فيه ابرة فان كان فى مقتل كالصدر والخاصرة والعين وأصول الاذن فمات منه وجب عليه القود لأن الاصابة بها فى المقتل كالاصابة بالسكين والمسلة فى الخوف عليه وان كان فى غير مقتل كالألية والفخذ نظرت فان بقى منه ضمنا الى أن مات وجب عليه القود لأن الظاهر أنه مات منه وان مات فى الحال ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق أنه يجب عليه القود لأن له غورا وسراية فى البدن وفى البدن مقاتل خفية والثانى وهو قول أبى العباس وأبى سعيد الاصطخرى أنه لا يجب لانه لا يقتل فى الغالب فلا يجب به القود كالوضرب به بمثقل صغير ولان فى المثقل فرقا بين الصغير والكبير فكذلك فى المحدد

(قوله فاخرج حشوته) الحشوة هى الامعاء يقال حشوة وحشوة بالضم والكسر (قوله حلقومه) هو مجرى النفس وهو القصبة والمرئ مدخل الطعام والشراب (قوله غير موح) أى غير مسرع والوحا السرعة (قوله وان كان على رأس مولى عليه سلعة) السلعة بالكسر زيادة فى البدن كالجوزة وتكون فى مقدار حمصة الى بطيخة. والسلعة بالفتح هى الجراحة (قوله بماله مور وبعد غور) يقال مار السنان فى المطعون اذا قطعه ودخل فيه قال الشاعر

وأنتم أناس تعمضون من القنا ❊ اذا مار فى أكتافكم وتأطرا

ويقولون فلان لا يدرى ما سائر من مائر فالمائر السيف القاطع الذى يمور فى الضريبة مورا. والسائر بيت الشعر المروى المشهور ويقال أيضا مار الدم على وجه الأرض وأماره غيره قال ❊ ومار دم من جار بيته نافع ❊ ومار أيضا اذا تحرك وجاء وذهب، ومنه قوله تعالى يوم تمور السماء مورا. وغور كل شىء قعره قال الحربى غور كل شىء بعده كالماء الغائر الذى لا يقدر عليه يقال هو بعيد الغور (قوله وان بقى ضمنا) هو الذى به الزمانة فى جسده من بلاء أو كسر وغيره يقال ضمن ضمنا بالتحريك

﴿ فصل ﴾ وان ضرب بمثقل نظرت فان كان كبيرا من حديد أو خشب أو حجر فمات منه وجب عليه القود لما روى أنس رضى الله عنه ان يهوديا قتل جارية على أوضاح لها بحجر فقتله رسول الله ﷺ بين حجرين ولأنه يقتل غالبا فلو لم يجب فيه القود جعل طريقا الى اسقاط القصاص وسفك الدماء وان قتله بمثقل صغير لا يقتل مثله كالحصاة والقلم فمات لم يجب القود ولا الدية لأنا نعلم أنه لم يمت من ذلك وان كان بمثقل قد يموت منه وقد لا يموت كالعصا فان كان فى مقتل و فى مريض أو فى صغير أو فى حر شديد أو فى برد شديد أو والى عليه الضرب فمات وجب عليه القود لان ذلك يقتل غالبا فوجب القود فيه وان رماه من شاهق أو رمى عليه حائطا فمات وجب القود فيه لان ذلك يقتل فى الغالب وان خنقه خنقا شديدا أو عصر خصيتيه عصرا شديدا أو غمه بمخدة أو وضع يده على فيه ومنعه التنفس الى أن مات وجب القود لان ذلك يقتل فى الغالب وان خنقه ثم خلاه و بقى منه متألما الى ان مات وجب القود لأنه مات من سراية جنايته فهو كما لو جرحه وتألم منه الى أن مات وان تنفس وصح ثم مات لم يجب القود لان الظاهر أنه لم يمت منه فلم يجب القود كما لو جرحه واندمل الجرح ثم مات

﴿ فصل ﴾ وان طرحه فى نار أو ماء ولا يمكنه التخلص منه لكثرة الماء والنار أو لعجزه عن التخلص بالضعف أو بأن كتفه وألقاه فيه ومات وجب القود لانه يقتل غالبا وان ألقاه فى ماء يمكنه التخلص منه فالتقمه حوت لم يجب القود لان الذى فعله لا يقتل غالبا وان كان فى لجة لا يتخلص منها فالتقمه حوت قبل أن يصل الى الماء ففيه قولان أحدهما يجب القود لانه ألقاه فى مهلكة فهلك والثانى لا يجب لان هلاكه لم يكن بفعله

﴿ فصل ﴾ وان حبسه ومنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها من غير طعام ولا شراب فمات وجب عليه القود لانه يقتل غالبا وان أمسكه على رجل ليقتله فقتله وجب القود على القاتل دون الممسك لما روى أبو شريح الخزاعى أن النبى ﷺ قال ان من أعتى الناس على الله عز وجل من قتل غير قاتله أو طلب بدم الجاهلية فى الاسلام أو بصر عينيه فى النوم مالم تبصره و روى عن النبى ﷺ أنه قال ليقتل القاتل و يصبر الصابر ولانه سبب غير ملجئ ضامه مباشرة فتعلق الضمان بالمباشرة دون السبب كما لو حفر بئرا فدفع فيها آخر رجلا فمات

﴿ فصل ﴾ وان كتف رجلا وطرحه فى أرض مسبعة أو بين يدى سبع فقتله لم يجب القود لانه سبب غير ملجئ فصار كمن أمسكه على من يقتله فقتله وان جمع بينه و بين السبع فى زبية أو بيت صغير ضيق فقتله وجب عليه القود لان السبع يقتل اذا اجتمع مع الآدمى فى موضع ضيق وان كتفه وتركه فى موضع فيه حيات فنهشته فمات لم يجب القود ضيقا كان المكان أو واسعا لان الحية تهرب من الآدمى فلم يكن تركه معها ملجئا الى قتله وان أنهشه سبعا أو حية يقتل مثلها غالبا فمات منه وجب عليه القود لانه ألجأه الى قتله وان كانت حية لا يقتل مثلها غالبا ففيه قولان أحدهما يجب القود لان جنس الحيات يقتل غالبا والثانى لا يجب لان الذى ألسعه لا يقتل غالبا

﴿ فصل ﴾ وان سقاه سما مكرها فمات وجب عليه القود لانه سبب يقتل غالبا فهو كما لو جرحه جرحا يقتل غالبا وان خلطه بطعام وتركه فى بيته فدخل رجل فأكله ومات لم يجب عليه القود كما لو حفر بئرا فى داره فدخل رجل بغير اذنه فوقع فيها ومات وان قدمه اليه أو خلطه بطعام الرجل فأكله فمات ففيه قولان أحدهما لا يجب عليه القود لانه أكله باختياره فصار كما لو قتل نفسه بسكين

(قوله على أوضاح لها) الاوضاح الحلى من الدراهم الصحاح قاله الجوهرى. وقال أبو عبيد يعنى حلى فضة مأخوذ من الوضح وهو البياض (قوله غمه بمخدة) غممته غطيته فانغم. وان ألقاه فى لجة الماء معظمه وكذلك اللج ومنه بحر لجى (قوله ان من أعتى الناس على الله) يقال عتى يعتو عتيا أى تكبر وتجبر فهو عات، ومنه قوله تعالى وعتوا عتوا كبيرا. قال فى التفسير تجبر وا وعصوا (قوله و يصبر الصابر) معناه يحبس الحابس. والصبر هو الحبس. والصبر حبس النفس عند الجزع ومنه قوله تعالى واصبر نفسك مع الذين يدعون ربهم ومعناه يحبس الذى حبسه للموت حتى يموت كما مات (قوله فى أرض مسبعة) بالفتح أى ذات سباع (قوله فى زبية) هى حفرة تحفر لينشب فيها السبع وجمعها زبا وفيها لغتان الضم والكسر (قوله حيات فنهشته) بالسين المهملة يقال نهس اللحم أخذه بمقدم الاسنان. ونهس الحية عضها قال الراجز:

وذات قرنين طحون الضرس ● تنهس لو تمكنت من نهس

والثانى يجب لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية ولا يقبل الصدقة فأهدت اليه يهودية بخيبر شاة مصلية فأكل منها رسول الله ﷺ وأصحابه ثم قال ارفعوا أيديكم فانها قد أخبرتنى أنها مسمومة فأرسل الى اليهودية فقال ما حملك على ما صنعت قالت قلت ان تكن نبيا لم يضرك الذى صنعت وان كنت ملكا أرحت الناس منك فأكل منها بشر بن البراء بن معرور فمات فأرسل اليها فقتلها فقال رسول الله ﷺ مازالت أجد من الأكلة التى أكلت بخيبر فهذا أوان انقطاع أبهرى ولانه سبب يفضى الى القتل غالبا فصار كالقتل بالسلاح وان سقاه سما وادعى انه لم يعلم أنه قاتل ففيه قولان أحدهما أنه يجب عليه القود لان السم يقتل غالبا والثانى لا يجب لانه يجوز أن يخفى عليه أنه قاتل وذلك شبهة فسقط بها القود

﴿ فصل ﴾ وان قتله بسحر يقتل غالبا وجب عليه القود لانه قتله بما يقتل غالبا فأشبه اذا قتله بسكين وان كان مما يقتل ولا يقتل لم يجب القود لانه عمد خطأ فهو كما لو ضربه بعصا خفيفة

﴿ فصل ﴾ وان أكره رجل على قتل رجل بغير حق فقتله وجب القود على المكره لانه تسبب الى قتله بمعنى يفضى الى القتل غالبا فأشبه اذا رماه بسهم فقتله وأما المكره ففيه قولان أحدهما لا يجب عليه القود لانه قتله للدفع عن نفسه فلم يجب عليه القود كما لو قصده رجل ليقتله فقتله للدفع عن نفسه والثانى أنه يجب عليه القود وهو الصحيح لانه قتله ظلما لاستبقاء نفسه فأشبه اذا اضطر الى الأكل فقتله ليأكله وان أمر الامام بقتل رجل بغير حق فان كان المأمور لا يعلم أن قتله بغير حق وجب ضمان القتل من الكفارة والقصاص والدية على الامام لان المأمور معذور فى قتله لان الظاهر أن الامام لا يأمر الا بالحق وان كان يعلم أنه يقتله بغير حق وجب ضمان القتل من الكفارة والقصاص أو الدية على المأمور لانه لا يجوز طاعته فيما لا يحل والدليل عليه ما روى أن النبى ﷺ قال لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق وقد روى الشافعى رحمه الله أن النبى ﷺ قال من أمركم من الولاة بغير طاعة الله فلا تطيعوه فصار كما لو قتله من غير أمره وان أمره بعض الرعية بالقتل فقتل وجب على المأمور القود علم أنه يقتله بغير حق أو لم يعلم لانه لا تلزمه طاعته فليس الظاهر أنه يأمره بحق فلم يكن له عذر فى قتله فوجب عليه القود وان أمر بالقتل صبيا لا يميز أو أعجميا لا يعلم أن طاعته لا تجوز فى القتل بغير حق فقتل وجب القصاص على الآمر لان المأمور ههنا كالآلة للآمر ولو أمره بسرقة مال فسرقه لم يجب الحد على الآمر لان الحد لا يجب الا بالمباشرة والقصاص يجب بالسبب والمباشرة

﴿ فصل ﴾ وان شهد شاهدان على رجل بما يوجب القتل فقتل بشهادتهما بغير حق ثم رجعا عن شهادتهما وجب القود على الشهود لما روى القاسم بن عبد الرحمن أن رجلين شهدا عند على كرم الله وجهه على رجل انه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما فقال لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما وأغرمهما دية يده ولانهما توصلا الى قتله بسبب يقتل غالبا فوجب عليهما القود كما لو جرحاه فمات

﴿ باب القصاص فى الجروح والاعضاء ﴾

يجب القصاص فيما دون النفس من الجروح والاعضاء والدليل عليه قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص وروى أنس رضى الله عنه أن الربيع بنت النضر بن أنس كسرت ثنية جارية فعرضوا عليهم الارش فأبوا وطلبوا العفو فأبوا فأتوا النبى ﷺ فأمر بالقصاص فجاء أخوها أنس بن النضر فقال يا رسول الله أتكسر ثنية الربيع والذى بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها فقال النبى ﷺ كتاب الله القصاص قال فعفا القوم ثم قال رسول الله ﷺ ان من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره ولان ما دون النفس كالنفس فى الحاجة الى حفظه بالقصاص فكان كالنفس فى وجوب القصاص

﴿ فصل ﴾ ومن لا يقاد بغيره فى النفس لا يقاد به فيما دون النفس ومن اقتيد بغيره فى النفس اقتيد به فيما دون النفس لانه لما

وقد ذكر . ويقال أيضا نهشته الحية بالشين ونهش اللحم أيضا. قال الزمخشرى الفرق ان النهس بأطراف الاسنان والنهش بالاضراس (قوله شاة مصلية) أى مشوية والصلا والصلاء يفتح فيقصر ويكسر فيمد، ومنه قوله تعالى سيصلى نارا ذات لهب (قوله مازالت أجد من الأكلة) أى أشتكى والأكلة بالضم هى اللقمة (قوله فهذا أوان انقطاع أبهرى) الابهر عرق اذا انقطع مات صاحبه وهما أبهران يخرجان من القلب ثم تتشعب منهما سائر الشرايين

كان مادون النفس كالنفس فى وجوب القصاص كان كالنفس فيما ذكرناه

﴿فصل﴾ وان اشترك جماعة فى ابانة عضو دفعة واحدة وجب عليهم القصاص لانه أحد نوعى القصاص فجاز أن يجب على الجماعة بالجناية ما يجب على واحد كالقصاص فى النفس وان تفرقت جناياتهم بأن قطع واحد بعض العضو وأبانه الآخر لم يجب القصاص على واحد منهما لان جناية كل واحد منهما فى بعض العضو فلا يجوز أن يقتص منه فى جميع العضو

﴿فصل﴾ والقصاص فيما دون النفس فى شيئين فى الجروح وفى الاطراف فأما الجروح فينظر فيها فان كانت لا تنتهى الى عظم كالجائفة ومادون الموضحة من الشجاج أو كانت الجناية على عظم ككسر الساعد والعضد والهاشمة والمنقلة لم يجب فيها القصاص لانه لا تمكن المماثلة فيه ولا يؤمن أن يستوفى أكثر من الحق فسقط فان كانت الجناية تنتهى الى عظم فان كانت موضحة فى الرأس أو الوجه وجب فيها القصاص لانه تمكن المماثلة فيه ويؤمن أن يستوفى أكثر من حقه وان كانت فيما سوى الرأس والوجه كالساعد والعضد والساق والفخذ وجب فيها القصاص ومن أصحابنا من قال لا يجب لأنه لما خالف موضحة الرأس والوجه فى تقدير الأرش خالفهما فى وجوب القصاص والمنصوص هو الاول لانه يمكن استيفاء القصاص فيها من غير حيف لانتهائها الى العظم فوجب فيها القصاص كالموضحة فى الرأس والوجه

﴿فصل﴾ وان كانت الجناية موضحة وجب القصاص بقدرها طولا وعرضا لقوله عز وجل والجروح قصاص والقصاص هو المماثلة ولا تمكن المماثلة فى الموضحة الا بالمساحة فى الطول والعرض فان كانت فى الرأس حلق موضعها من رأس الجانى وعلم على القدر المستحق بسواد أو غيره ويقتص منها فان كانت الموضحة فى مقدم الرأس أو فى مؤخره أو فى قزعته وأمكن أن يستوفى قدرها فى موضعها من رأس الجانى لم يستوف فى غيرها وان كان قدرها يزيد على مثل موضعها من رأس الجانى استوفى بقدرها وان جاوز الموضع الذى شجه فى مثله لان الجميع رأس وان كان قدرها يزيد على رأس الجانى لم يجز أن ينزل الى الوجه والقفا لانه قصاص فى غير العضو الذى جنى عليه ويجب فيما بقى الأرش لانه تعذر فيه القصاص فوجب البدل فان أوضح جميع رأسه ورأس الجانى أكبر فللمجنى عليه أن يبتدئ بالقصاص من أى جانب شاء من رأس الجانى لان الجميع محل للجناية وان أراد أن يستوفى بعض حقه من مقدم الرأس وبعضه من مؤخره فقد قال بعض أصحابنا انه لا يجوز لانه يأخذ موضحتين بموضحة قال الشيخ الامام ويحتمل عندى أنه يجوز لانه لا يجاوز موضع الجناية ولا قدرها الا أن يقول أهل الخبرة ان فى ذلك زيادة ضرر أو زيادة شين فيمنع لذلك وان كانت الموضحة فى غير الوجه والرأس وقلنا بالمنصوص انه يجب فيها القصاص اقتص فيها على ماذكرناه فى الرأس فان كانت فى الساعد فزاد قدرها على ساعد الجانى لم ينزل الى الكف ولم يصعد الى العضد وان كانت فى الساق فزادت على قدر ساق الجانى لم ينزل الى القدم ولم يصعد الى الفخذ كما لا ينزل فى موضحة الرأس الى الوجه والقفا

﴿فصل﴾ وان كانت الجناية هاشمة أو منقلة أو مأمومة فله أن يقتص فى الموضحة لانها داخلة فى الجناية يمكن القصاص فيها ويأخذ الأرش فى الباقى لانه تعذر فيه القصاص فانتقل الى البدل

﴿فصل﴾ وأما الاطراف فيجب فيها القصاص فى كل ماينتهى منها الى مفصل فتؤخذ العين بالعين لقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص ولانه يمكن المماثلة فيها لانتهائها الى مفصل فوجب فيها القصاص ولا يجوز أن يأخذ صحيحة بقائمة لانه يأخذ أكثر من حقه ويجوز أن يأخذ القائمة

(قوله الموضحة) هى التى تظهر وضح العظم أى بياضه (قوله من غير حيف) أى من غير جور. والحيف الجور والظلم وقد حاف عليه يحيف اذا جار (قوله قزعته) لعله موضع القزعة حيث يحلق منه بعضه ويترك بعضه وهو أعلاه (قوله منقلة) هى التى تنقل منها العظام وقيل تنقل العظام أى تكسره حتى تخرج منها فراش العظام. والمأمومة هى التى بلغت أم الدماغ وهى الجلدة التى تجمع الدماغ ويقال أيضا أم الرأس (قوله القائمة) هى التى بياضها وسوادها صحيحان غير أن صاحبها لا يبصر بها ولعلها الواقفة لانها لا تطرف من قولهم قامت الدابة اذا وقفت

بالصحيحة لانه يأخذ دون حقه وان أوضح رأسه فذهب ضوء عينه فالمنصوص أنه يجب فيه القصاص وقال فيمن قطع أصبع رجل فتأ كل كفه انه لاقصاص فى الكف فنقل أبو اسحق قوله فى الكف الى العين ولم ينقل قوله فى العين الى الكف فقال فى ضوء العين قولان أحدهما لايجب فيه القصاص لانه سراية فيما دون النفس فلم يجب فيه القصاص كما لو قطع أصبعه فتأ كل الكف والثانى يجب لانه لا يمكن اتلافه بالمباشرة فوجب القصاص فيه بالسراية كالنفس ومن أصحابنا من حمل المسئلتين على ظاهرهما فقال يجب القصاص فى الضوء قولا واحدا ولا يجب فى الكف لان الكف يمكن اتلافه بالمباشرة فلم يجب القصاص فيه بالسراية بخلاف الضوء

﴿ فصل ﴾ و يؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى والجروح قصاص ولانه يمكن القصاص فيه لانتهائه الى مفصل فوجب فيه القصاص و يؤخذ جفن البصير بجفن الضرير وجفن الضرير بجفن البصير لانهما متساويان فى السلامة من النقص وعدم البصر نقص فى غيره

﴿ فصل ﴾ و يؤخذ الأنف بالأنف لقوله تعالى والأنف بالأنف ولا يجب القصاص فيه الا فى المارن لانه ينتهى الى مفصل و يؤخذ الشام بالأخشم والاخشم بالشام لانهما متساويان فى السلامة من النقص وعدم الشم نقص فى غيره و يؤخذ البعض بالبعض وهو أن يقدر ما قطعه بالجزء كالنصف والثلث ثم يقتص بالنصف والثلث من مارن الجانى ولا يؤخذ قدره بالمساحة لانه قد يكون أنف الجانى صغيرا وأنف المجنى عليه كبيرا فاذا اعتبرت المماثلة بالمساحة قطعنا جميع المارن بالبعض وهذا لايجوز و يؤخذ المنخر بالمنخر والحاجز بين المنخرين بالحاجز لانه يمكن القصاص فيه لانتهائه الى مفصل ولا يؤخذ مارن صحيح بمارن سقط بعضه بجذام أو انخرام لانه يأخذ أكثر من حقه فان قطع من سقط بعض مارنه مارنا صحيحا فللمجنى عليه أن يأخذ الموجود و ينتقل فى الباقى الى البدل لانه وجد بعض حقه وعدم البعض فأخذ الموجود وانتقل فى الباقى الى البدل وان قطع الأنف من أصله اقتص من المارن لانه داخل فى الجناية يمكن القصاص فيه و ينتقل فى الباقى الى الحكومة لانه لا يمكن القصاص فيه فانتقل فيه الى البدل

﴿ فصل ﴾ وتؤخذ الأذن بالأذن لقوله عز وجل والأذن بالأذن ولانه يمكن استيفاء القصاص فيه لانتهائه الى حد فاصل وتؤخذ أذن السميع بأذن الاصم وأذن الأصم بأذن السميع لانهما متساويان فى السلامة من النقص وعدم السمع نقص فى غيره و يؤخذ الصحيح بالمثقوب والمثقوب بالصحيح لان الثقب ليس بنقص وانما تثقب للزينة و يؤخذ البعض بالبعض على ماذكرناه فى الأنف ولا يؤخذ صحيح بمخزوم لانه يأخذ أكثر من حقه و يؤخذ المخزوم بالصحيح و يؤخذ معه من الدية بقدر ماسقط منه لما ذكرناه فى الأنف وهل يؤخذ غير المستحشف بالمستحشف فيه قولان أحدهما أنه لا يؤخذ كما لا تؤخذ اليد الصحيحة بالشلاء والثانى يؤخذ لانهما متساويان فى المنفعة بخلاف اليد الشلاء فانها لا تساوى الصحيحة فى المنفعة فان قطع بعض أذنه وألصقه المقطوع فالتصق لم يجب القصاص لانه لا يمكن المماثلة فيما قطع منه وان قطع أذنه حتى جعلها معلقة على خده وجب القصاص لان المماثلة فيه ممكنة بأن يقطع أذنه حتى تصير معلقة على خده وان أبان أذنه فأخذه المقطوع وألصقه فالتصق لم يسقط القصاص لان القصاص يجب بالابانة وما حصل من الالصاق لاحكم له لانه يجب ازالته ولا تجوز الصلاة معه وان قطع

(قوله المارن) مالان من الأنف وموصل الى القضيب (قوله بالاخشم) الخشم داء يعترى الأنف فيمنع الشم يقال رجل أخشم بين الخشم و يقال رجل أخرم بين الخرم وهو الذى قطعت وترة أنفه أو طرف أنفه لايبلغ الجدع. والوترة الحاجز بين المنخرين. والأخرم أيضا المثقوب الاذن وقد انخرم ثقبه أى انشق والمستحشف المنقبض اليابس مأخوذ من حشف التمر وأول الشجاج الخارصة سميت خارصة لانها تشق الجلد يقال خرص القصار الثوب اذا شقه وخرص المطر الارض اذا قشرها. والباضعة التى تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمى من بضعت اللحم اذا قطعته قطعا صغارا . والبضعة القطعة. والمتلاحمة الشجة التى أخذت فى اللحم ولم تبلغ السمحاق ولا فعل لها. والسمحاق التى بينها و بين العظم بشرة رقيقة وقد فسر فى الكتاب. والهاشمة التى تهشم العظم أى تكسره وترضه ولا تبينه. والهشم الكسر ومنه سمى هشيم الشجر لما تحطم منه قال الله كهشيم المحتظر . والاندمال هو برء الجرح يقال اندمل الجرح اذا تماثل وعلته آ له للبرء وأصله الاصلاح. دملت بين القوم أصلحت ودملت الارض بالسرجين أصلحتها

أذنه فاقتص منه وأخذ الجانى أذنه فألصقه فالتصق لم يكن للمجنى عليه أن يطالبه بقطعه لانه اقتص منه بالابانة وما فعله من الالصاق لاحكم له لانه يستحق ازالته للصلاة وذلك الى السلطان وان قطع أذنه فقطع المجنى عليه بعض أذن الجانى فألصقه الجانى فالتصق فللمجنى عليه أن يعود فيقطعه لانه يستحق الابانة ولم يوجد ذلك وان جنى على رأسه فذهب عقله أوعلى أنفه فذهب شمه أوعلى أذنه فذهب سمعه لم يجب القصاص فى العقل والشم والسمع لان هذه المعانى فى غير محل الجناية فلم يمكن القصاص فيها

﴿فصل﴾ وتؤخذ الشفة بالشفة وهو ما بين جلد الذقن والخدين علوا وسفلا ومن أصحابنا من قال لايجب فيه القصاص لانه قطع لحم لاينتهى الى عظم فلم يجب فيه القصاص كالباضعة والمتلاحمة والصحيح هو الاول لقوله تعالى والجروح قصاص ولانه ينتهى الى حد معلوم يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص

﴿فصل﴾ ويؤخذ السن بالسن لقوله تعالى والسن بالسن ولما رويناه فى أول الباب فى حديث الربيع بنت النضر بن أنس ولانه محدود فى نفسه يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص ولا يؤخذ سن صحيح بسن مكسور لانه يأخذ أكثر من حقه ويؤخذ المكسور بالصحيح ويؤخذ معه من الدية بقدر ما انكسر منه لما ذكرناه فى الأنف والأذن ويؤخذ الزائد اذا اتفق محلهما لانهما متساويان وان قلع سنا زائدة وليس للجانى مثلها وجبت عليه الحكومة لانه تعذر المثل فوجب البدل وان كان له مثلها فى غير موضع المقلوع لم يؤخذ كما لا يؤخذ سن أصلى بسن أخرى وان كسر نصف سنه وأمكن أن يقتص منه نصف سنه اقتص منه فان لم يمكن وجب بقدره من دية السن وان وجب له القصاص فى السن فاقتص ثم نبتت له مكانه سن آخر ففيه قولان أحدهما أن النابت هو المقلوع من جهة الحكم لانه مثله فى محله فصار كما لو قلع سن صغير ثم نبت فعلى هذا يجب على المجنى عليه دية سن الجانى لانه قلع سنه بغير سن والقول الثانى ان النابت هبة مجددة لان الغالب أنه لا يستخلف فعلى هذا وقع القصاص موقعه ولا يجب عليه شىء للجانى وان قلع سن رجل فاقتص منه ثم نبت للجانى سن فى مكان السن الذى اقتص منه فان قلنا ان النابت هبة مجددة لم يكن للمجنى عليه قلعه لانه استوفى ما كان له وان قلنا ان النابت هو المقلوع من جهة الحكم فهل يجوز للمجنى عليه قلعه فيه وجهان أحدهما أن له أن يقلعه ولو نبت ألف مرة لانه أعدمه السن فاستحق أن يعدم سنه والثانى ليس له قلعه لانه يجوز أن يكون هبة مجددة ويجوز أن يكون هو المقلوع فلم يجز قلعه مع الشك

﴿فصل﴾ ويؤخذ اللسان باللسان لقوله تعالى والجروح قصاص ولان له حدا ينتهى اليه فاقتص فيه فلا يؤخذ لسان الناطق بلسان الأخرس لانه يأخذ أكثر من حقه ويؤخذ لسان الأخرس بلسان الناطق لانه يأخذ بعض حقه وان قطع نصف لسانه أو ثلثه اقتص من لسان الجانى فى نصفه أو ثلثه وقال أبو اسحق لا يقتص منه لانه لا يأمن أن يجاوز القدر المستحق والمذهب انه يقتص منه للآية ولانه اذا أمكن القصاص فى جميعه أمكن فى بعضه

﴿فصل﴾ وتؤخذ اليد باليد والرجل بالرجل والأصابع بالأصابع والأنامل بالأنامل لقوله تعالى والجروح قصاص ولان لها مفاصل يمكن القصاص فيها من غير حيف فوجب فيها القصاص وان قطع يده من الكوع اقتص منه لانه مفصل وان قطع من نصف الساعد فله أن يقتص من الكوع لانه داخل فى جناية يمكن القصاص فيها ويأخذ الحكومة فى الباقى لانه كسر عظم لا تمكن المماثلة فيه فانتقل فيه الى البدل وان قطع من المرفق فله أن يقتص منه لأنه مفصل وان أراد أن يقتص من الكوع ويأخذ الحكومة فى الباقى لم يكن له ذلك لأنه يمكنه أن يستوفى جميع حقه بالقصاص فى محل الجناية فلا يجوز أن يأخذ القصاص فى غيره وان قطع يده من نصف العضد فله أن يقتص من المرفق ويأخذ الحكومة فى الباقى وله أن يقتص فى الكوع ويأخذ الحكومة فى الباقى لأن الجميع مفصل داخل فى الجناية ويخالف اذا قطعها من المرفق وأراد أن يقتص من الكوع لأن هناك يمكنه أن يقتص فى الجميع فى محل الجناية وههنا لا يمكنه أن يقتص فى موضع الجناية وان قطع يده من الكتف وقال أهل الخبرة انه يمكنه أن يقتص منه من غير جائفة اقتص منه لأنه مفصل يمكن القصاص فيه من غير حيف وان أراد أن يقتص من المرفق أو الكوع لم يجز لأنه

(قوله الأنامل) هى رءوس الأصابع واحدها أنملة بالفتح والضم وقد ذكر (قوله من الكوع) الكوع طرف الزند الذى يلى الابهام. والكرسوع الذى يلى الخنصر

يمكنه أن يقتص من محل الجناية فلا يجوز أن يقتص فى غيره وان قال أهل الخبرة انه يخاف أن يحصل به جائفة لم يجز أن يقتص فيه لأنه لا يأمن أن يأخذ زيادة على حقه وله أن يقتص فى المرفق و يأخذ الحكومة فى الباقى وله أن يقتص فى الكوع و يأخذ الحكومة فى الباقى لما ذكرناه وحكم الرجل فى القصاص من مفاصلها من القدم والركبة والورك وما يجب فيما بينهما من الحكومات حكم اليد وقد بيناه

﴿ فصل ﴾ ولا تؤخذ يد صحيحة بيد شلاء ولا رجل صحيحة برجل شلاء لأنه يأخذ فوق حقه وان أراد المجنى عليه أن يأخذ الشلاء بالصحيحة نظرت فان قال أهل الخبرة انه ان قطع لم تنسد العروق ودخل الهواء الى البدن وخيف عليه لم يجز أن يقتص منه لانه يأخذ نفسا بطرف وان قالوا لا يخاف عليه فله أن يقتص لانه يأخذ دون حقه فان طلب مع القصاص الارش لنقص الشلل لم يكن له لان الشلاء كالصحيحة فى الخلقة وانما تنقص عنها فى الصفة فلم يؤخذ الارش للنقص مع القصاص كما لا يأخذ ولى المسلم من الذمى مع القصاص أرشا لنقص الكفر وفى أخذ الاشل بالاشل وجهان أحدهما أنه يجوز لأنهما متساويان والثانى لا يجوز وهو قول أبى اسحق لان الشلل علة والعلل يختلف تأثيرها فى البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما

﴿ فصل ﴾ ولا تؤخذ يد كاملة الاصابع بيد ناقصة الاصابع فان قطع من له خمس أصابع كف من له أربع أصابع أو قطع من له ست أصابع كف من له خمس أصابع لم يكن للمجنى عليه أن يقتص منه لانه يأخذ أكثر من حقه وله أن يقطع من أصابع الجانى مثل أصابعه لانها داخلة فى الجناية و يمكن استيفاء القصاص فيها وهل يدخل أرش ما تحت الاصابع من الكف فى القصاص فيه وجهان أحدهما يدخل كما يدخل فى ديتها والثانى وهو قول أبى اسحق انه لا يدخل بل يأخذ مع القصاص الحكومة لما تحتها والفرق بين القصاص والدية أن الكف يتبع الاصابع فى الدية ولا يتبعها فى القصاص ولهذا لو قطع أصابعه وتآكل منها الكف واختار الدية لم يلزمه أكثر من دية الاصابع ولو طلب القصاص قطع الاصابع وأخذ الحكومة فى الكف وتؤخذ يد ناقصة الاصابع بيد كاملة الاصابع فان قطع من له أربع أصابع كف من له خمس أصابع أو قطع من له خمس أصابع كف من له ست أصابع فللمجنى عليه أن يقتص من الكف و يأخذ دية الاصبع الخامسة أو الحكومة فى الاصبع السادسة لأنه وجد بعض حقه وعدم البعض فأخذ الموجود وانتقل فى المعدوم الى البدل كما لو قطع عضوين ووجد أحدهما

﴿ فصل ﴾ ولا يؤخذ أصلى بزائد فان قطع من له خمس أصابع أصلية كف من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة لم يكن للمجنى عليه أن يقتص من الكف لأنه يأخذ أكثر من حقه و يجوز أن يقتص من الاصابع الاصلية لأنها داخلة فى الجناية و يأخذ الحكومة فى الاصبع الزائدة وما تحت الزائدة من الكف يدخل فى حكومتها وهل يدخل ما تحت الاصابع التى اقتص منها فى قصاصها على الوجهين و يجوز أن يأخذ الزائد بالاصلى فان قطع من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة كف من له خمس أصابع أصلية فللمجنى عليه أن يقتص من الكف لأنه دون حقه ولا شىء له لنقصان الاصبع الزائدة لأن الزائدة كالاصلية فى الخلقة وان كان لكل واحد منهما أصبع زائدة نظرت فان لم يختلف محلهما أخذ أحدهما بالأخرى لانهما متساويان وان اختلف محلهما لم تؤخذ احداهما بالأخرى لأنهما مختلفان فى أصل الخلقة

﴿ فصل ﴾ وان قطع من له يد صحيحة كف رجل له أصبعان شلاوان لم يقتص منه فى الكف لأنه يأخذ كاملا بناقص و يجوز أن يقتص فى الاصابع الثلاث الصحيحة لأنها مساوية لأصابعه و يأخذ الحكومة فى الشلاوين لأنه لا يجد ما يأخذ به و يدخل فى حكومة الشلاوين أرش ما تحتهما من الكف وهل يدخل أرش ما تحت الثلاثة فى قصاصها على الوجهين

﴿ فصل ﴾ ولا تؤخذ يد ذات أظفار بيد لا أظفار لها لان اليد بلا أظفار ناقصة فلا تؤخذ بها يد كاملة وتؤخذ يد لا أظفار لها بيد لها أظفار لانه يأخذ بعض حقه

﴿ فصل ﴾ فان قطع أصبع رجل فتآكل منه الكف وجب القصاص فى الاصبع لأنه أتلفه بجناية عمد ولا يجب فى الكف لأنه لم يتلفه بجناية عمد لأن العمد فيه أن يباشره بالاتلاف ولم يوجد ذلك و يجب عليه دية كل اصبع من الاصابع لانها تلفت بسبب جنايته

ويدخل في دية كل أصبع أرش ماتحته من الكف لأن الكف تابع للأصابع في الدية وهل يدخل ماتحت الاصبع التي اقتص منها في قصاصها على الوجهين

﴿ فصل ﴾ وتؤخذ الاليتان بالاليتين وهما الناتئتان بين الظهر والفخذ وقال بعض أصحابنا لا تؤخذ وهو قول المزني رحمة الله عليه لأنه لحم متصل بلحم فأشبه لحم الفخذ والمذهب الأول لقوله تعالى والجروح قصاص ولأنهما ينتهيان الى حد فاصل فوجب فيهما القصاص كاليدين

﴿ فصل ﴾ ويقطع الذكر بالذكر لقوله تعالى والجروح قصاص ولانه ينتهي الى حد فاصل يمكن القصاص فيه من غير حيف فوجب فيه القصاص ويؤخذ بعضه ببعضه وقال أبو اسحق لا يؤخذ بعضه ببعض كما قال في اللسان والمذهب الأول لانه اذا أمكن القصاص في جميعه أمكن في بعضه ويؤخذ ذكر الفحل بذكر الخصي لانه كذكر الفحل في الجماع وعدم الانزال لمعنى في غيره ويقطع الاغلف بالمختون لأنه يزيد على المختون بجلدة يستحق ازالتها بالختان ولا يؤخذ صحيح بأشل لان الأشل ناقص بالشلل فلا يؤخذ به كامل

﴿ فصل ﴾ ويقطع الانثيان بالانثيين لقوله تعالى والجروح قصاص ولانه ينتهي الى حد فاصل يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص فان قطع احدى الأنثيين وقال أهل الخبرة انه يمكن أخذها من غير اتلاف الاخرى اقتص منه وان قالوا انه يؤدي قطعها الى اتلاف الأخرى لم يقتص منه لانه يقتص من أنثيين بواحدة

﴿ فصل ﴾ واختلف أصحابنا في الشفرين فمنهم من قال لا قصاص فيهما وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني رحمه الله لانه لحم وليس له مفصل ينتهي اليه فلم يجب فيه القصاص كلحم الفخذ ومنهم من قال يجب فيه القصاص وهو المنصوص في الام لأنهما لحمان محيطان بالفرج من الجانبين يعرف انتهاؤهما فوجب فيهما القصاص

﴿ فصل ﴾ وان قطع رجل ذكر خنثى مشكل وأنثييه وشفريه وطلب حقه قبل أن يتبين حاله أنه ذكر أو أنثى نظرت فان طلب القصاص لم يكن له لجواز أن يكون امرأة فلا يجب لها عليه في شيء من ذلك قصاص وان طلب المال نظرت فان عفا عن القصاص أعطي أقل حقيه وهو حق امرأة فيعطى دية عن الشفرين وحكومة في الذكر والانثيين فان بان أنه امرأة فقد استوفت حقها وان بان أنه رجل تمم له الباقي من دية الذكر والانثيين وحكومة عن الشفرين فان لم يعف عن القصاص وقف القصاص الى أن يتبين لأنه يجوز أن يكون امرأة فلا يجب عليه القصاص وأما المال ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة أنه لا يعطى لان دفع المال لا يجب مع القود وهو مطالب بالقود فسقطت المطالبة بالمال والوجه الثاني وهو قول أكثر أصحابنا أنه يعطى أقل مايستحق مع القود لانه يستحق القود في عضو والمال في غيره فلم يكن دفع المال عفوا عن القود فيعطى حكومة في الشفرين ويوقف القود في الذكر والأنثيين وقال القاضي أبو حامد المروروذي في جامعه يعطى دية الشفرين وهذا خطأ لأنه ربما بان أنه رجل فيجب القود في الذكر والانثيين والحكومة في الشفرين

﴿ فصل ﴾ وما وجب فيه القصاص من الأعضاء وجب فيه القصاص وان اختلف العضوان في الصغر والكبر والطول والقصر والصحة والمرض لانا لو اعتبرنا المساواة في هذه المعاني سقط القصاص في الأعضاء لأنه لا يكاد أن يتفق العضوان في هذه الصفات فسقط اعتبارها

﴿ فصل ﴾ وما انقسم من الاعضاء الى يمين ويسار كالعين واليد وغيرهما لم تؤخذ اليمين فيه باليسار ولا اليسار باليمين وما انقسم الى أعلى وأسفل كالشفة والجفن لم يؤخذ الأعلى بالأسفل ولا الأسفل بالأعلى ولا يؤخذ سن بسن غيرها ولا أصبع بأصبع غيرها ولا أنملة بأنملة غيرها لأنها جوارح مختلفة المنافع والاماكن فلم يؤخذ بعضها ببعض كالعين بالانف واليد بالرجل ومالا يؤخذ بعضه ببعض مما ذكرناه لا يؤخذ وان رضي الجاني والمجني عليه وكذلك مالا يؤخذ من الأعضاء

(قوله ويؤخذ الاغلف بالمختون) الاغلف هو الذي لم يختتن يقال أغلف وأقلف مأخوذ من الغلاف وهو الغشاء والغطاء لانه يغطي الحشفة ويسترها (قوله الشفرين) ومشافرها حروفها

الكاملة بالأعضاء الناقصة كالعين الصحيحة بالقائمة واليد الصحيحة بالشلاء لا يؤخذ وان رضى الجانى والمجنى عليه بأخذها لأن الدماء لا تستباح بالاباحة

﴿ فصل ﴾ وان جنى على رجل جناية يجب فيها القصاص ثم قتله وجب القصاص فيهما لانهما جنايتان يجب القصاص فى كل واحدة منهما فوجب القصاص فيهما عند الاجتماع كقطع اليد والرجل

﴿ فصل ﴾ وان قتل واحد جماعة أو قطع عضوا من جماعة لم تتداخل حقوقهم لأنها حقوق مقصودة لآدميين فلم تتداخل كالديون فان قتل أو قطع واحدا بعد واحد اقتص منه للاول لأن له مزية بالسبق وان سقط حق الاول بالعفو اقتص للثانى وان سقط حق الثانى اقتص للثالث وعلى هذا واذا اقتص منه لواحد بعينه تعين حق الباقين فى الدية لأنه فاتهم القود بغير رضاهم فانتقل حقهم الى الدية كالومات القاتل أو زال طرفه وان قتلهم أو قطعهم دفعة واحدة أو أشكل الحال أقرع بينهم فمن خرجت له القرعة اقتص له لأنه لا مزية لبعضهم على بعض فقدم بالقرعة كما قلنا فيمن أراد السفر ببعض نسائه فان خرجت القرعة لواحد فعفا عن حقه أعيدت القرعة للباقين لتساويهم وان ثبت القصاص لواحد منهم بالسبق أو بالقرعة فبدر غيره واقتص صار مستوفيا لحقه وان أساء فى التقدم على من هو أحق منه كما قلنا فيمن قتل مرتدا بغير اذن الامام أنه يصير مستوفيا لقتل الردة وان أساء فى الافتيات على الامام وان قتل رجل جماعة فى المحاربة ففيه وجهان أحدهما أن حكمه حكم مالو قتلهم فى غير المحاربة والثانى أنه يقتل بالجميع لأن قتل المحاربة لحق الله تعالى ولهذا لا يسقط بالعفو فتداخل كحدود الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وان قطع يد رجل وقتل آخر قطع للمقطوع ثم قتل للمقتول تقدم القطع أو تأخر لأنا اذا قدمنا القتل سقط حق المقطوع واذا قدمنا القطع لم يسقط حق المقتول واذا أمكن الجمع بين الحقين من غير نقص لم يجز اسقاط أحدهما ويخالف اذا قتل اثنين لأنه لا يمكن ابقاء الحقين فقدم السابق وان قطع أصبعا من يمين رجل ثم قطع يمين آخر قطع الأصبع للاول ثم قطعت اليد للثانى ويدفع اليه ارش الأصبع ويخالف اذا قطع ثم قتل حيث قلنا انه يقطع للاول ويقتل للثانى ولا يلزمه لنقصان اليد شئ لأن النفس لا تنقص بنقصان اليد ولهذا يقتل صحيح اليد بمقطوع اليد واليد تنقص بنقصان الأصبع ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة بيد ناقصة الأصابع وان قطع يمين رجل ثم قطع أصبعا من يد رجل آخر قطعت يمينه للاول لأن حقه سابق ويخالف اذا قتل رجلا ثم قطع يد آخر حيث أخرنا القتل وان كان سابقا لأن هناك يمكن ابقاء الحقين من غير نقص يدخل على ولى المقتول بقطع اليد وههنا يدخل النقص على صاحب اليد بنقصان الاصبع

﴿ فصل ﴾ وان قتل رجلا وارتد أو قطع يمين رجل وسرق قدم حق الآدمى من القتل والقطع وسقط حق الله تعالى لان حق الآدمى مبنى على التشديد فقدم على حق الله تعالى

﴿ باب استيفاء القصاص ﴾

من ورث المال ورث الدية لما روى الزهرى عن سعيد بن المسيب قال كان عمر رضى الله عنه يقول لا ترث المرأة من دية زوجها حتى قال له الضحاك بن قيس كتب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ورث امرأة أشيم الضبابى من ديته وجهار فرجع عمر رضى الله عنه عن ذلك ويقضى من الدية دينه وينفذ منها وصيته وقال أبو ثور لا يقضى منها الدين ولا ينفذ منها الوصية لانها تجب بعد الموت والمذهب الاول لانه مال يملكه الوارث من جهته فقضى منه دينه ونفذت منه وصيته كسائر أمواله ومن ورث المال ورث القصاص والدليل عليه ما روى أبو شريح الكعبى أن رسول الله ﷺ قال ثم أنتم ياخزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل وأنا والله عاقله فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية وان قطع مسلم طرف مسلم ثم ارتد ومات فى الردة وقلنا بأصح القولين انه يجب القصاص فى طرفه فقد نقل المزنى أنه قال يقتص وليه المسلم وقال المزنى رحمه الله لا يقتص غير الامام لان المسلم لا يرثه فمن أصحابنا من قال لا يقتص غير الامام كما قال المزنى وحمل قول

(قوله أشيم الضبابى) بكسر الضاد وهم بطن من بنى كلاب منهم شمر بن ذى الجوشن قاتل الحسين عليه السلام يسمون ضبابا بجمع ضب لان أسماءهم ضب وضبيب ومضب وحسل وحسيل بنو معاوية بن كلاب (قوله بين خيرتين) الخيرة مثل العنبة الاسم من قولك اختاره الله تعالى يقال محمد صلى الله عليه وسلم خيرة من خلقه وخيرة الله أيضا بالتسكين وأما الخيرة فهو الاسم من قولك خار الله تعالى فى هذا الامر

الشافعي رحمة الله عليه على الامام وقال عامة أصحابنا يقتص المناسب لان القصد من القصاص التشفي ودرك الغيظ والذي يتشفى هو المناسب و يجوز أن يثبت القصاص لمن لا يرث شيئا كما لو قتل من له وارث وعليه دين محيط بالتركة فان القصاص للوارث وان لم يرث شيئا وان كان الوارث صغيرا أو مجنونا لم يستوف له الولي لان القصد من القصاص التشفي ودرك الغيظ وذلك لا يحصل باستيفاء الولي و يحبس القاتل الى أن يبلغ الصغير أو يعقل المجنون لأن فيه حفظا للقاتل بأن لا يقتل وفيه حفظ المولى عليه ليحصل له التشفي فان أقام القاتل كفيلا ليخلى لم يجز تخليته لأن فيه تغريرا بحق المولى عليه بأن يهرب فيضيع الحق وان وثب الصبي أو المجنون على القاتل فقتله ففيه وجهان أحدهما أنه يصير مستوفيا حقه كما لو كانت له وديعة عند رجل فأتلفها والثاني لا يصير مستوفيا لحقه وهو الصحيح لأنه ليس من أهل استيفاء الحقوق و يخالف الوديعة فانها لو تلفت من غير فعل برئ منها المودع ولو هلك الجاني من غير فعل لم يبرأ من الجناية وان كان القصاص بين صغير وكبير لم يجز للكبير أن يستوفي وان كان بين عاقل ومجنون لم يجز للعاقل أن يستوفي لأنه مشترك بينهما فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد به فان قتل من لا وارث له كان القصاص للمسلمين واستيفاؤه الى السلطان وان كان له من يرث منه بعض القصاص كان استيفاؤه الى الوارث والسلطان ولا يجوز لأحدهما أن ينفرد به لما ذكرناه

﴿فصل﴾ وان قتل رجل وله اثنان من أهل الاستيفاء فبدر أحدهما وقتل القاتل من غير اذن أخيه ففيه قولان أحدهما لا يجب عليه القصاص وهو الصحيح لأن له في قتله حقا فلا يجب عليه القصاص بقتله كما لا يجب الحد على أحد الشريكين في وطء الجارية المشتركة والثاني يجب عليه القصاص لأنه اقتص في أكثر من حقه فوجب عليه القصاص كما لو وجب له القصاص في طرفه فقتله ولأن القصاص يجب بقتل بعض النفس اذا عرى عن الشبهة ولهذا يجب على كل واحد من الشريكين في القتل وان كان قاتلا لبعض النفس والنصف الذي لأخيه لا شبهة فيه فوجب القصاص عليه بقتله وان عفا أحدهما عن حقه من القصاص ثم قتله الآخر بعد العلم بالعفو نظرت فان كان بعد حكم الحاكم بسقوط القود عنه وجب عليه القصاص لأنه لم يبق له شبهة وان كان قبل حكم الحاكم بسقوط القود عنه فان قلنا يجب عليه القود اذا قتله قبل العفو فلأن يجب عليه اذا قتله بعد العفو أولى وان قلنا لا يجب عليه قبل العفو ففيما بعد العفو قولان أحدهما يجب عليه لأنه لا حق له في قتله فصار كما لو عفوا ثم قتله أحدهما والثاني لا يجب لأن على مذهب مالك رحمة الله عليه يجب له القود بعد عفو الشريك فيصير ذلك شبهة في سقوط القود فاذا قلنا انه يجب القصاص على الابن القاتل وجب دية الأب في تركة قاتله نصفها للأخ الذي لم يقتل ونصفها للأخ القاتل ولو رثته بعده واذا قلنا لا يجب القصاص على الابن القاتل وجب عليه نصف دية المقتول لأنه قتله وهو يستحق نصف النفس وللأخ الذي لم يقتل نصف الدية وفيمن يجب عليه قولان أحدهما يجب على الابن القاتل لأن نفس القاتل كانت مستحقة لهما فاذا أتلفها أحدهما لزمه ضمان حق الآخر كما لو كانت لهما وديعة عند رجل فأتلفها أحدهما فعلى هذا ان أبرأ الابن الذي لم يقتل ورثة قاتل أبيه من نصفه لم يصح ابراؤه لأنه أبرأ من لا حق له عليه وان أبرأ أخاه صح ابراؤه لأنه أبرأ من عليه الحق والقول الآخر أنه يجب ذلك في تركة قاتل أبيه لأنه قود سقط الى مال فوجب في تركة القاتل كما لو قتله أجنبي و يخالف الوديعة فانه لو أتلفها أجنبي وجب حقه عليه والقاتل لو قتله أجنبي لم يجب حقه عليه فعلى هذا لو أبرأ أخاه لم يصح ابراؤه وان أبرأ ورثة قاتل أبيه صح ابراؤه ولورثة قاتل الاب مطالبة الابن القاتل بنصف الدية لان ذلك حق لهم عليه فلا يسقط بابرائهم عن الابن الآخر

﴿فصل﴾ ولا يجوز استيفاء القصاص الا بحضرة السلطان لانه يفتقر الى الاجتهاد ولا يؤمن فيه الحيف مع قصد التشفي فان استوفاه من غير حضرة السلطان عزره على ذلك ومن أصحابنا من قال لا يعزر لانه استوفى حقه والمنصوص أنه يعزر لانه افتيات على السلطان والمستحب أن يكون بحضرة شاهدين حتى لا ينكر المجني عليه الاستيفاء وعلى السلطان أن يتفقد الآلة التي يستوفى بها القصاص فان كانت كالة منع من الاستيفاء بها لما روى شداد بن أوس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال ان الله

(قوله لأن القصد من القصاص التشفي) هو التفعل من شفى المريض وهو برؤه من العلة و زوالها كأنه يبرأ به من الغيظ و يزيله عنه يقال شفيت من غيظي واستشفيت بكذا (قوله ولا يؤمن فيه الحيف) وهو الظلم والجور حاف عليه جار قال الله تعالى أم يخافون أن يحيف الله عليهم

كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته وان كانت مسمومة منع من الاستيفاء بها لانه يفسد البدن و يمنع من غسله فان عجل واستوفى بآلة كالة أو بآلة مسمومة عزر فان طلب من له القصاص أن يستوفي بنفسه فان كان في الطرف لم يمكن منه لانه لا يؤمن مع قصد التشفي أن يجني عليه بما لا يمكن تلافيه وان كان في النفس فان كان يكمل للاستيفاء بالقوة والمعرفة مكن منه لقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل انه كان منصورا ولقوله ﷺ فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية ولان القصد من القصاص التشفي ودرك الغيظ فمكن منه وان لم يكمل للاستيفاء أمر بالتوكيل فان لم يكن من يستوفى بغير عوض استؤجر من خمس المصالح من يستوفى لأن ذلك من المصالح وان لم يكن خمس أو كان ولكنه يحتاج اليه لما هو أهم منه وجبت الأجرة على الجاني لأن الحق عليه فكانت أجرة الاستيفاء عليه كالبائع في كيل الطعام المبيع فان قال الجاني أنا أقتص لك بنفسي ولا أؤدي الأجرة لم يجب تمكينه منه لان القصاص أن يؤخذ منه مثل ما أخذ ولان من لزمه ايفاء حق لغيره لم يجز أن يكون هو المستوفي كالبائع في كيل الطعام المبيع فان كان القصاص لجماعة وهم من أهل الاستيفاء وتشاحوا أقرع بينهم لانه لا يجوز اجتماعهم على القصاص لان في ذلك تعذيبا للجاني ولا مزية لبعضهم على بعض فوجب التقديم بالقرعة

﴿ فصل ﴾ وان كان القصاص على امرأة حامل لم يقتص منها حتى تضع لقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل و في قتل الحامل اسراف في القتل لأنه يقتل من قتل ومن لم يقتل وروى عمران بن الحصين رضي الله عنه أن امرأة من جهينة أتت النبي ﷺ وقالت انها زنت وهي حبلى فدعا النبي ﷺ وليها فقال له أحسن اليها فاذا وضعت فجيء بها فلما أن وضعت جاء بها فأمر بها النبي ﷺ فرجمت ثم أمرهم فصلوا عليها واذا وضعت لم تقتل حتى تسقى الولد اللبأ لأنه لا يعيش الا به وان لم يكن من يرضعه لم يجز قتلها حتى ترضعه حولين كاملين لأن النبي ﷺ قال للعامرية اذهبي حتى ترضعيه ولأنه لما أخر القتل لحفظه وهو حمل فلأن يؤخر لحفظه وهو مولود أولى وان وجد له مرضعة راتبة جاز أن يقتص لأنه يستغني بها عن الأم وان وجد مرضعات غير رواتب أو وجدت بهيمة يسقى من لبنها فالمستحب لولي الدم أن لا يقتص حتى ترضعه لأن اختلاف اللبن عليه والتربية بلبن البهيمة يفسد طبعه فان لم يصبر اقتص منها لأن الولد يعيش بالألبان المختلفة و بلبن البهيمة وان ادعت الحمل قال الشافعي رحمه الله تحبس حتى يتبين أمرها واختلف أصحابنا فيه فقال أبو سعيد الاصطخري رحمة الله عليه لا تحبس حتى يشهد أربع نسوة بالحمل لأن القصاص وجب فلا يؤخر بقولها وقال أكثر أصحابنا تحبس بقولها لأن الحمل وما يدل عليه من الدم وغيره يتعذر اقامة البينة عليه فقبل قولها فيه

﴿ فصل ﴾ وان كان القصاص في الطرف فالمستحب أن لا يستوفى الا بعد استقرار الجناية بالاندمال أو بالسراية الى النفس لما روى عمرو بن دينار عن محمد بن طلحة قال طعن رجل رجلا بقرن في رجله فجاء النبي ﷺ فقال أقدني فقال دعه حتى يبرأ فأعادها عليه مرتين أو ثلاثا والنبي ﷺ يقول حتى يبرأ فأبى فأقاده منه ثم عرج المستقيد فجاء النبي ﷺ فقال برئ صاحبي وعرجت رجلي فقال النبي ﷺ لا حق لك فذلك حين نهى أن يستقيد أحد من جرح حتى يبرأ صاحبه فان استوفى قبل الاندمال جاز للخبر وهل يجوز أخذ الارش قبل الاندمال فيه قولان أحدهما يجوز كما يجوز استيفاء القصاص قبل الاندمال والثاني لا يجوز لأن الارش لا يستقر قبل الاندمال لأنه قد يسري الى النفس و يدخل في دية النفس وقد يشاركه غيره في الجناية فينقص بخلاف القصاص فانه لا يسقط بالسراية ولا تؤثر فيه المشاركة فاذا قلنا يجوز ففي القدر الذي يجوز أخذه وجهان أحدهما يجوز أخذه بالغا ما بلغ لأنه قد وجب في الظاهر فجاز أخذه والثاني وهو قول أبي اسحق انه يأخذ أقل الأمرين من

(قوله فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة) بكسر القاف هي الحالة والهيئة كالجلسة والركبة يقال قتله قتلة سوء بالكسر وكذا الذبحة بالكسر أيضا فأما بالفتح فهي الفعلة للمرة من المصدر (قوله بآلة كالة) أي لا حد لها ماض يقال كللت عن الشيء أكل كلالا وكلالة أي أعييت وكذلك البعير اذا أعيى وكل السيف والرمح والطرف واللسان يكل كلا وكلالة وكلولا وسيف كليل الحد (قوله فقد جعلنا لوليه سلطانا) السلطان ههنا القهر والغلبة وفي غيره الحجة والبرهان (قوله برئ صاحبي وعرجت رجلي) يقال عرج الرجل بكسر الراء يعرج بفتحها اذا صار أعرج أي ضلع في مشيته ولزمه الضلع فلم يفارقه حتى صار كأنه خلقة فيه

أرش الجناية أودية النفس لان مازاد على دية النفس لا يتيقن استقراره لانه ربما سقط فعلى هذا ان قطع يديه ورجليه وجب في الظاهر ديتان وربما سرت الجناية الى النفس فرجع الى دية فيأخذ دية فان سرت الجناية الى النفس فقد أخذ حقه وان اندملت أخذ دية أخرى

﴿ فصل ﴾ وان قلع سن صغير لم يثغر أوسن كبير قد أثغر وقال أهل الخبرة انه يرجى أن ينبت الى مدة لم يقتص منه قبل الاياس من نباته لأنه لا يتحقق الاتلاف فيه قبل الاياس كما لا يتحقق اتلاف الشعر قبل الاياس من نباته فان مات قبل الاياس لم يجب القصاص لانه لم يتحقق الاتلاف فلم يقتص مع الشك

﴿ فصل ﴾ اذا قتل بالسيف لم يقتص منه الا بالسيف لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولأن السيف أرجى الآلات فاذا قتل به واقتص بغيره أخذ فوق حقه لأن حقه فى القتل وقد قتل وعذب فان أحرقه أوغرقه أو رماه بحجر أو رماه من شاهق أوضرب بخشب أوحبسه ومنعه الطعام والشراب فمات فللولى أن يقتص بذلك لقوله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به ولما روى البراء رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه ولأن القصاص موضوع على المماثلة والمماثلة ممكنة بهذه الاسباب فجاز ان يستوفى بها القصاص وله أن يقتص منه بالسيف لانه قد وجب له القتل والتعذيب فاذا عدل الى السيف فقد ترك بعض حقه فجاز فان قتله بالسحر قتل بالسيف لان عمل السحر محرم فسقط و بقى القتل فقتل بالسيف وان قتله باللواط أو بسقى الخمر ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق أنه ان قتله بسقى الخمر قتله بسقى الماء وان قتله باللواط فعل به مثل مافعله بخشبة لانه تعذر مثله حقيقة ففعل به ماهو أشبه بفعله والثانى انه يقتل بالسيف لانه قتله بما هو محرم فى نفسه فاقتص بالسيف كما لو قتله بالسحر وان ضرب رجلا بالسيف فمات فضرب بالسيف فلم يمت كرر عليه الضرب بالسيف لأن قتله مستحق وليس ههنا ماهو أرجى من السيف فقتل به وان قتله بمثقل أو رماه من شاهق أو منعه الطعام والشراب مدة ففعل به مثل ذلك فلم يمت ففيه قولان أحدهما يكرر عليه ذلك الى أن يموت كما قلنا فى السيف والثانى أنه يقتل بالسيف لانه فعل به مثل مافعل و بقى ازهاق الروح فوجب بالسيف وان جنى عليه جناية يجب فيها القصاص بأن قطع كفه أوأوضح رأسه فمات فللولى أن يستوفى القصاص بما جنى فيقطع كفه و يوضح رأسه لقوله تعالى والجروح قصاص فان مات به فقد استوفى حقه وان لم يمت قتل بالسيف لانه لا يمكن أن يقطع منه عضوا آخر ولاأن يوضح فى موضع آخر لانه يصير قطع عضو بعضو وايضاح موضحتين بموضحة وان جنى عليه جناية لا يجب فيها القصاص كالجائفة وقطع اليد من الساعد فمات منه ففيه قولان أحدهما يقتل بالسيف ولا يقتص منه فى الجائفة ولا فى قطع اليد من الساعد لانه جناية لا يجب فيها القصاص فلا يستوفى بها القصاص كاللواط والثانى يقتص منه فى الجائفة وقطع اليد من الساعد لانه جهة يجوز القتل بها فى غير القصاص فجاز القتل بها فى القصاص كالقطع من المفصل وحز الرقبة فان اقتص بالجائفة أوقطع اليد من الساعد فلم يمت قتل بالسيف لأنه لا يمكن ان يجاف جائفة أخرى ولأن يقطع منه عضو آخر فتصير جائفتان بجائفة وقطع عضوين بعضو

﴿ فصل ﴾ وان أوضح رأسه بالسيف اقتص منه بحديدة ماضية كالموسى ونحوه ولا يقتص منه بالسيف لأنه لا يؤمن أن يهشم العظم

﴿ فصل ﴾ وان جنى عليه جناية ذهب منها ضوء عينيه نظرت فان كانت جناية لا يجب فيها القصاص كالهاشمة عولج بما

وعرج بفتح الراء يعرج بضمها اذا غمز من شىء أصابه وزال ذلك عنه ولم يلزمه (قوله لم يثغر) يقال ثغر الصبى اذا سقطت رواضعه فهو مثغور فاذا ابتت قيل أثغر وأصله اثتغر فأبدلت التاء ثاء وأدغمت و يقال أتغر بالتاء أيضا باثنتين من فوق وقيل للموضع المخوف من العدو ثغر لأنه كالثلمة يهجم منه. وثغرة النحر نقرته فى وسطه وللانسان اثنتان وثلاثون سنا. أربع ثنايا وأربع رباعيات وأربعة أنياب وأربعة ضواحك واثنا عشر رحا فى كل شق ست وأربع نواجذ وهى أقصاها من فقه اللغة (قوله فمن اعتدى عليكم) أخذ غير ما يجب له يقال عدى واعتدى اذا جاوز الحد (قوله رماه من شاهق) الشاهق الجبل المرتفع وقد شهق يشهق اذا ارتفع (قوله و بقى ازهاق الروح) هو موتها وذهابها من قوله تعالى و زهق الباطل ان الباطل كان زهوقا. زهقت نفسه تزهق أى خرجت (قوله بحديدة ماضية) أى قاطعة يقال سيف ماض أى قاطع

يزيل ضوء العين من كافور يطرح فى العين أو حديدة حامية تقرب منها لأنه تعذر استيفاء القصاص فيه بالهاشمة ولا يقلع الحدقة لأنه قصاص فى غير محل الجناية فعدل الى أسهل ما يمكن كما قلنا فى القتل باللواط وان كانت جناية يمكن فيها القصاص كالموضحة اقتص منه فان ذهب الضوء فقد استوفى حقه وان لم يذهب عولج بما يزيل الضوء على ماذكرناه فى الهاشمة وان لطمه فذهب الضوء فقد قال بعض أصحابنا انه يلطم كما لطم فان ذهب الضوء فقد استوفى حقه وان لم يذهب عولج على ماذكرناه وقال الشيخ الامام ويحتمل عندى انه لا يقتص منه باللطمة بل يعالج بما يذهب الضوء على ماذكرناه فى الهاشمة والدليل عليه ماروى يحيى بن جعدة أن اعرابيا قدم بجلوبة له الى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان بن عفان رضى الله عنه فنازعه فلطمه ففقأ عينه فقال له عثمان هل لك أن أضعف لك الدية وتعفو عنه فأبى فرفعهما الى على فدعا على رضى الله عنه بمرآة فأحماها ثم وضع القطن على عينه الأخرى ثم أخذ المرآة بكلبتين فأدناها من عينه حتى سال انسان عينه ولأن اللطم لا يمكن اعتبار المماثلة فيه ولهذا لو انفرد من اذهاب الضوء لم يجب فيه القصاص فلا يستوفى به القصاص فى الضوء كالهاشمة وان قلع عين رجل بالأصبع فأراد المجنى عليه أن يقتص بالأصبع ففيه وجهان أحدهما انه يجوز لأنه يأتى على ما تأتى عليه الحديدة مع المماثلة والثانى لا يجوز لأن الحديد أرجى فلا يجوز بغيره

﴿ فصل ﴾ وان وجب له القصاص بالسيف فضرب به فأصاب غير الموضع وادعى انه أخطأ فان كان يجوز فى مثله الخطأ فالقول قوله مع يمينه لان ما يدعيه محتمل وان كان لا يجوز فى مثله الخطأ لم يقبل قوله ولا يسمع فيه يمينه لانه لا يحتمل ما يدعيه وان أراد أن يعود و يقتص فقد قال فى موضع لا يمكن وقال فى موضع يمكن ومن أصحابنا من قال هما قولان أحدهما لا يمكن لانه لا يؤمن من مثله فى الثانى والثانى انه يمكن لان الحق له والظاهر أنه لا يعود الى مثله ومن أصحابنا من قال ان كان يحسن مكن لان الظاهر أنه لا يعود الى مثله وان لم يحسن لم يمكن لانه لا يؤمن أن يعود الى مثله وحمل القولين على هذين الحالين وان وجب له القصاص فى موضحة فاستوفى أكثر من حقه أو وجب له القصاص فى أنملة فقطع أنملتين فان كان عامدا وجب عليه القود فى الزيادة وان كان خطأ وجب عليه الأرش كما لو فعل ذلك فى غير القصاص وان استوفى أكثر من حقه باضطراب الجانى لم يلزمه شىء لانه حصل بفعله فهدر

﴿ فصل ﴾ وان اقتص من الطرف بحديدة مسمومة فمات لم يجب عليه القصاص لانه تلف من جائز وغير جائز ويجب نصف الدية لانه هلك من مضمون وغير مضمون فسقط النصف ووجب النصف

﴿ فصل ﴾ واذا وجب له القصاص فى يمينه فقال أخرج يمينك فأخرج اليسار من كم اليمين فقطعها فان قال تعمدت اخراج اليسار وعلمت انه لا يجوز قطعها عن اليمين لم يجب على القاطع ضمان لانه قطعها ببذله ورضاه وان قال ظننتها اليمين أو ظننت انه يجوز قطعها عن اليمين نظرت فى المستوفى فان جهل أنها اليسار لم يجب عليه القصاص لانه موضع شبهة وهل يجب عليه الدية فيه وجهان أحدهما لا تجب عليه لانه قطعها ببذل صاحبها والثانى يجب وهو المذهب لانه بذل على أن يكون عوضا عن اليمين فاذا لم يصح العوض وتلف المعوض وجب له بدله كما لو اشترى سلعة بعوض فاسد وتلفت عنده فان علم انه اليسار وجب عليه ضمانه وفيما يضمن وجهان أحدهما وهو قول أبى حفص ابن الوكيل انه يضمن بالقود لانه تعمد قطع يد محرمة والثانى وهو المذهب أنه لا يجب القود لانه قطعها ببذل الجانى ورضاه وتلزمه الدية لانه قطع يدا لا يستحقها مع العلم به فان وجب له القود فى اليمين فصالحه على اليسار لم يصح الصلح لان الدماء لا تستباح بالعوض وهل يسقط القصاص فى اليمين فيه وجهان أحدهما يسقط لان عدوله الى اليسار رضا بترك القصاص فى اليمين والثانى انه لا يسقط لانه أخذ اليسار على أن يكون بدلا عن اليمين ولم يسلم البدل فبقى حقه فى المبدل فاذا قلنا لا يسقط القصاص فله على المقتص دية اليسار وللمقتص عليه القصاص فى اليمين وان قلنا انه يسقط القصاص فله دية اليمين وعليه دية اليسار وان كان القصاص على مجنون فقال له المجنى عليه أخرج

(قوله قدم بجلوبة) الجلوبة ما يجلب للبيع أى يؤتى به من بعد ومنه الحديث الجالب مرزوق. ففقأ عينه بخقها وقلعها وقد ذكر. بمرآة بكسر الميم واسكان الراء مفعلة آلة للرؤية على مثال مرعاة وهى أداة معروفة من حديد يتراءى فيها الانسان وجهه وجمعها مراء على وزن مراع ومرايا على مثال خطايا (قوله سال انسان عينه) انسان العين المثال الذى يرى فى السواد ويجمع على أناسى

يمينك فاخرج يساره فقطعها وجب عليه القصاص ان كان عالما أو الدية ان كان جاهلا لان بذل المجنون لا يصح فصار كما لو بدأ بقطعه

﴿فصل﴾ اذا اقتص في الطرف فسرى الى نفس الجاني فمات لم يجب ضمان السراية لما روى أن عمر وعليا رضى الله عنهما قالا في الذي يموت من القصاص لا دية له وان جنى على طرف رجل فاقتص منه ثم سرت الجناية الى نفس المجنى عليه ثم سرى القصاص الى نفس الجاني كانت سراية القصاص الى نفس الجاني قصاصا عن سراية الجناية الى نفس المجنى عليه لانه لما كانت السراية كالمباشرة في ايجاب القصاص كانت كالمباشرة في استيفاء القصاص وان سرى القصاص الى نفس الجاني ثم سرت الجناية الى نفس المجنى عليه ففيه وجهان أحدهما ان السراية قصاص لأنها سراية قصاص فوقعت عن القصاص كما لو سرت الجناية ثم سرى القصاص والثاني وهو الصحيح أن السراية هدر ولا تكون قصاصا لانها سبقت وجوب القصاص فلا يجوز أن تكون قصاصا عما وجب بعدها فعلى هذا يجب في تركة الجاني نصف الدية لانه قد أخذ منه بقدر نصف الدية وبقي النصف

﴿فصل﴾ من وجب عليه قتل بكفر أو ردة أو زنا أو قصاص فالتجأ الى الحرم قتل ولم يمنع الحرم من قتله والدليل عليه قوله عز وجل واقتلوهم حيث وجدتموهم ولانه قتل لا يوجب الحرم ضمانه فلم يمنع منه كقتل الحية والعقرب

﴿فصل﴾ ومن وجب عليه قصاص في النفس فمات عن مال أو وجب عليه قصاص في الطرف فزال الطرف وله مال ثبت حق المجنى عليه في الدية لان ما ضمن بسببين على سبيل البدل اذا تعذر أحدهما ثبت الآخر كذوات الامثال

﴿باب العفو عن القصاص﴾

ومن وجب عليه القصاص وهو جائز التصرف فله أن يقتص وله أن يعفو على المال لما روى أبو شريح الكعبي أن النبي ﷺ قال ثم أنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل وأنا والله عاقله فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ان أحبوا اقتلوا وان أحبوا أخذوا الدية فان عفا مطلقا بنينا على ما يجب بقتل العمد وفيه قولان أحدهما ان موجب قتل العمد القصاص وحده ولا تجب الدية الا بالاختيار والدليل عليه قوله عز وجل كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد ولان ما ضمن بالبدل في حق الآدمي ضمن ببدل معين كالمال والقول الثاني ان موجبه أحد الأمرين من القصاص أو الدية والدليل عليه ان له أن يختار ما شاء منهما فكان الواجب أحدهما كالهدى والطعام في جزاء الصيد فاذا قلنا ان الواجب هو القصاص وحده فعفا عن القصاص مطلقا سقط القصاص ولم تجب الدية لانه لا يجب له غير القصاص وقد أسقطه بالعفو وان قلنا انه يجب أحد الأمرين فعفا عن القصاص وجبت الدية لان الواجب أحدهما فاذا ترك أحدهما وجب الآخر وان اختار الدية سقط القصاص وثبت المال ولم يكن له أن يرجع الى القصاص وان قال اخترت القصاص فهل له أن يرجع الى الدية فيه وجهان أحدهما له أن يرجع لان القصاص أعلى فجاز أن ينتقل عنه الى الادنى والثاني ليس له أن يرجع الى الدية لانه تركها فلم يرجع اليها كالقصاص فان جنى عبد على رجل جناية توجب القصاص فاشتراه بأرش الجناية سقط القصاص لان عدوله الى الشراء اختيار للمال وهل يصح الشراء ينظر فيه فان كانا لا يعرفان عدد الابل وأسنانها لم يصح الشراء لانه بيع مجهول فان كانا يعرفان العدد والاسنان ففيه قولان أحدهما لا يصح الشراء لان الجهل بالصفة كالجهل بالعدد والسن كما قلنا في السلم والثاني انه يصح لانه مال مستقر في الذمة تصح المطالبة به فجاز البيع به كالعوض في القرض

﴿فصل﴾ فان كان القصاص لصغير لم يجز للولي أن يعفو عنه على غير مال لانه تصرف لا حظ للصغير فيه فلا يملكه الولي كهبة ماله وان أراد أن يعفو على مال فان كان له مال أو له من ينفق عليه لم يجز العفو لانه يفوت عليه القصاص من غير حاجة وان لم يكن له مال ولا من ينفق عليه ففيه وجهان أحدهما يجوز العفو على مال لحاجته الى المال ليحفظ به حياته والثاني لا يجوز وهو المنصوص لانه يستحق النفقة في بيت المال ولا حاجة به الى العفو عن القصاص وان كان المقتول لا وارث له غير المسلمين كان الأمر الى السلطان فان رأى القصاص اقتص وان رأى العفو على مال عفا لان الحق للمسلمين فوجب على الامام أن يفعل ما يراه من

(قوله فالتجأ الى الحرم) أي استند اليه. يقال لجأت اليه لجأ بالتحريك . والموضع الملجأ

المصلحة فان أراد أن يعفو على غير مال لم يجز لانه تصرف لاحظ فيه للمسلمين فلم يملكه

﴿فصل﴾ وان كان القصاص لجماعة فعفا بعضهم سقط حق الباقين من القصاص لما روى زيد بن وهب أن عمر رضى الله عنه أتى برجل قتل رجلا فجاء ورثة المقتول ليقتلوه فقالت أخت المقتول وهى امرأة القاتل قد عفوت عن حقى فقال عمر رضى الله عنه عتق من القتل وروى قتادة رضى الله عنه أن عمر رضى الله عنه رفع اليه رجل قتل رجلا فجاء أولاد المقتول وقد عفا أحدهم فقال عمر لابن مسعود رضى الله عنهما وهو الى جنبه ماتقول فقال انه قد أحرز من القتل فضرب على كتفه وقال كنيف ملئ علما ولان القصاص مشترك بينهم وهو مما لا يتبعض ومبناه على الاسقاط فاذا أسقط بعضهم حقه سرى الى الباقى كالعتق فى نصيب أحد الشريكين وينتقل حق الباقين الى الدية لما روى زيد بن وهب قال دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلا فقتلها فاستعدى اخوتها عمر فقال بعض اخوتها قد تصدقت بحقى فقضى لسائرهم بالدية ولا نسقط حق من لم يعف عن القصاص بغير رضاه فثبت له البدل مع وجود المال كما يسقط حق من لم يعتق من الشريكين الى القيمة

﴿فصل﴾ وان وكل من له القصاص من يستوفى له ثم عفا وقتل الوكيل ولم يعلم بالعفو ففيه قولان أحدهما لا يصح العفو لانه عفا فى حال لا يقدر الوكيل على تلافى ماوكل فيه فلم يصح العفو كما لو عفا بعد مارمى الحربة الى الجانى والثانى يصح لانه حق له فلا يفتقر عفوه عنه الى علم غيره كالابراء من الدين ولا يجب القصاص على الوكيل لانه قتله وهو جاهل بتحريم القتل وأما الدية فعلى القولين ان قلنا ان العفو لا يصح لم تجب الدية كما لا تجب اذا عفا عنه بعد القتل وان قلنا يصح العفو وجبت الدية على الوكيل لانه قتل محقون الدم ولا يرجع بما غرمه من الدية على الموكل وخرج أبو العباس قولا آخر انه يرجع عليه لانه غره حين لم يعلمه بالعفو كما قلنا فيمن وطئ أمة غر بحريتها فى النكاح وقلنا ان النكاح باطل انه يلزمه المهر ثم يرجع به على من غره فى أحد القولين وهذا خطأ لان الذى غره فى النكاح مسيء مفرط فرجع عليه والموكل ههنا محسن فى العفو غير مفرط

﴿فصل﴾ فان جنى على رجل جناية فعفا المجنى عليه عن القصاص فيها ثم سرت الجناية الى النفس فان كانت الجناية مما يجب فيها القصاص كقطع الكف والقدم لم يجب القصاص فى النفس لان القصاص لا يتبعض فاذا سقط فى البعض سقط فى الجميع وان كانت الجناية مما لا قصاص فيها كالجائفة ونحوها وجب القصاص فى النفس لانه عفا عن القصاص فيما لا قصاص فيه فلم يعمل فيه العفو

﴿فصل﴾ وان قطع أصبع رجل عمدا فعفا المجنى عليه عن القصاص والدية ثم اندملت سقط القصاص والدية وقال المزنى رحمه الله يسقط القصاص ولا تسقط الدية لانه عفا عن القصاص بعد وجوبه فسقط وعفا عن الدية قبل وجوبها لان الدية لا تجب الا بالاندمال والعفو وجد قبله فلم تسقط وهذا خطأ لان الدية تجب بالجناية والدليل عليه أنه لو جنى على طرف عبده ثم باعه ثم اندمل كان أرش الطرف له دون المشترى فدل على انه وجب بالجناية وانما تأخرت المطالبة الى ما بعد الاندمال فصار كما لو عفا عن دين مؤجل فان سرت الجناية الى الكف واندملت سقط القصاص فى الاصبع بالعفو ولم يجب فى الكف لانه تلف بالسراية والقصاص فيما دون النفس لا يجب بالسراية وسقطت دية الأصبع لانه عفا عنها بعد الوجوب ولا يسقط أرش ماسرى اليه لانه عفا عنه قبل الوجوب وان سرت الجناية الى النفس نظرت فان قال عفوت عن هذه الجناية قودها وديتها وما يحدث منها سقط القود فى الاصبع والنفس لانه سقط فى الاصبع بالعفو بعد الوجوب وسقط فى النفس لانها لا تتبعض وأما الدية فانه ان كان العفو بلفظ الوصية فهو وصية للقاتل وفيها قولان فان قلنا لا تصح وجبت دية النفس وان قلنا تصح وخرجت من الثلث سقطت وان خرج بعضها سقط ما خرج منها من الثلث ووجب الباقى وان كان بغير لفظ الوصية فهل هو وصية فى الحكم أم لا فيه قولان أحدهما انه

(قوله كنيف ملئ علما) تصغير كنف والكنف وعاء من أدم يكون فيه اداة الراعى. قالوا وتصغيره للتعظيم كما قالوا دويهية. والاحسن فى هذا انه يعنى الصغر والحقارة لان ابن مسعود رضى الله عنه كان دميم الخلق قصيرا قيل انه يكاد الجلوس يوارونه من قصره (قوله فاستعدى اخوتها عمر) أى استعانوا وطلبوا منه الانصاف (قوله أرش) قد ذكرنا أن أصل الأرش الافساد والخصومة، يقال أرشت بين القوم اذا أفسدت بينهم

وصية لانه يعتبر من الثلث والثانى أنه ليس بوصية لان الوصية ما تكون بعد الموت وهذا اسقاط فى حال الحياة فاذا قلنا انه وصية فعلى ما ذكرناه من القولين فى الوصية للقاتل وان قلنا انه ليس بوصية صح العفو عن دية الاصبع لأنه عفا عنها بعد الوجوب ولا يصح عما زاد لأنه عفا قبل الوجوب فيجب عليه دية النفس الا أرش أصبع وأما اذا قال عفوت عن هذه الجناية قودها وعقلها ولم يقل وما يحدث منها سقط القود فى الجميع لما ذكرناه ولا تسقط دية النفس لأنه أبرأ منها قبل الوجوب وأما دية الاصبع فانه ان كان عفا عنها بلفظ الوصية أو بلفظ العفو وقلنا انه وصية فهو وصية للقاتل وفيها قولان وان كان بلفظ العفو وقلنا انه ليس بوصية فان خرج من الثلث سقط وان خرج بعضه سقط منه ما خرج ووجب الباقى لأنه ابراء عما وجب

﴿ فصل ﴾ فان جنى جناية يجب فيها القصاص كقطع اليد فعفا عن القصاص وأخذ نصف الدية ثم عاد فقتله فقد اختلف أصحابنا فيه فذهب أبو سعيد الاصطخرى رحمة الله عليه الى أنه يلزمه القصاص فى النفس أو الدية الكاملة ان عفى عن القصاص لأن القتل منفرد عن الجناية فلم يدخل حكمه فى حكمها فوجب لاجله القصاص أو الدية ومن أصحابنا من قال لا يجب القصاص ويجب نصف الدية لأن الجناية والقتل كالجناية الواحدة فاذا سقط القصاص فى بعضها سقط فى جميعها ويجب نصف الدية لأنه وجب كمال الدية وقد أخذ نصفها وبقى له النصف ومنهم من قال يجب له القصاص فى النفس وهو الصحيح لأن القتل انفرد عن الجناية فعفوه عن الجناية لا يوجب سقوط ما لزمه بالقتل ويجب له نصف الدية لأن القتل اذا تعقب الجناية قبل الاندمال صار بمنزلة ما لو سرت الى النفس ولو سرت وجب فيها الدية وقد أخذ النصف وبقى النصف

﴿ فصل ﴾ اذا قطع يد رجل فسرى القطع الى النفس فاقتص فى اليد ثم عفى عن النفس على غير مال لم يضمن اليد لأنه قطعها فى حال لا يضمنها فأشبه اذا قطع يد مرتد فأسلم ولأن العفو يرجع الى ما بقى دون ما استوفى كما لو قبض من دينه بعضه ثم أبرأه وان عفى على مال وجب له نصف الدية لانه بالعفو صار حقه فى الدية وقد أخذ ما يساوى نصف الدية فوجب له النصف فان قطع يدى رجل فسرى الى نفسه فقطع الولى يدى الجانى ثم عفا عن النفس لم يجب له مال لانه لم يجب له أكثر من دية وقد أخذ ما يساوى دية فلم يجب له شىء وان قطع نصرانى يد مسلم فاقتص منه فى الطرف ثم سرى القطع الى نفس المسلم فللولى أن يقتله لانه صارت الجناية نفسا وان اختار أن يعفو على الدية ففيه وجهان أحدهما انه يجب عشرة آلاف درهم لأن دية المسلم اثنا عشر ألفا وقد أخذ ما يساوى ألفى درهم فوجب الباقى والثانى انه يجب له نصف ديته وهو ستة آلاف درهم لأنه رضى أن يأخذ يدا ناقصة بيد كاملة ديتها ستة آلاف درهم فوجب الباقى وان قطع يديه فاقتص منه ثم سرى القطع الى نفس المسلم فللولى أن يقتله لأنه صارت الجناية نفسا فان عفى على الدية أخذ على الوجه الأول ثمانية آلاف درهم لانه أخذ ما يساوى أربعة آلاف درهم وبقى له ثمانية آلاف درهم وعلى الوجه الثانى لا شىء له لانه رضى أن يأخذ نفسه بنفسه فيصير كما لو استوفى ديته وان قطعت امرأة يد رجل فاقتص منها ثم سرى القطع الى نفس الرجل فلوليه أن يقتلها لما ذكرناه فان عفا على مال وجب على الوجه الأول تسعة آلاف درهم لان الذى أخذ يساوى ثلاثة آلاف درهم وبقى تسعة آلاف درهم وعلى الوجه الثانى يجب ستة آلاف لانه رضى أن يأخذ يدها بيده وذلك بقدر نصف ديته وبقى النصف

كتاب الديات

﴿ باب من تجب الدية بقتله وما تجب به الدية من الجنايات ﴾

تجب الدية بقتل المسلم لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وتجب بقتل الذمى والمستأمن ومن بيننا وبينهم هدنة لقوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة وتجب بقتل من لم تبلغه الدعوة لأنه محقون الدم مع كونه من أهل القتال فكان مضمونا بالقتل كالذمى

﴿ فصل ﴾ وان قطع طرف مسلم ثم ارتد ومات على الردة وقلنا انه لا يجب القصاص فى طرفه أو قلنا يجب فعفى عن القصاص على مال ففيه قولان أحدهما لا تجب دية الطرف لانه تابع للنفس فى الدية فاذا لم تجب دية النفس لم تجب دية الطرف والثانى انه تجب وهو الصحيح لان الجناية أوجبت دية الطرف والردة قطعت سراية الجرح فلا تسقط ما تقدم وجوبه كما لو قطع يد رجل ثم قتل الرجل نفسه فان جرح مسلما ثم ارتد ثم أسلم ومات فان أقام فى الردة زمانا تسرى فيه الجناية ففيه قولان أحدهما تجب دية كاملة لان

الاعتبار فى الدية بحال استقرار الجناية والدليل عليه انه لو قطع يديه ورجليه واندملت وجبت له ديتان ولو سرت الى النفس وجبت دية وهذا مسلم فى حال استقرار الجناية فوجب فيه دية مسلم والثانى يجب نصف الدية لأن الجناية فى حال الاسلام توجب والسراية فى حال الردة تسقط فوجب النصف كما لو جرحه رجل وجرح نفسه فمات وان لم يقم فى الردة زمانا تسرى فيه الجناية وجبت دية مسلم لأنه مسلم فى حال الجناية وفى حال استقرار الجناية ولا تأثير لما مضى فى حال الردة فلم يكن له حكم

﴿ فصل ﴾ وان قطع يد مرتد ثم أسلم ومات لم يضمن ومن أصحابنا من قال تجب فيه دية مسلم لأنه مسلم فى حال استقرار الجناية فوجبت ديته والمذهب الأول لأنها سراية قطع غير مضمون فلم يضمن كسراية القصاص وقطع السرقة

﴿ فصل ﴾ وان أرسل سهما على حربى فأصابه وهو مسلم ومات وجبت فيه دية مسلم وقال أبو جعفر الترمذى لا يلزمه شىء لأنه وجد السبب من جهته فى حال هو مأمور بقتله ولا يمكنه تلافى فعله عند الاسلام فلا يجب ضمانه كما لو جرحه ثم أسلم ومات والمذهب الأول لأن الاعتبار بحال الاصابة دون حال الارسال لأن الارسال سبب والاصابة جناية والاعتبار بحال الجناية لا بحال السبب والدليل عليه أنه لو حفر بئرا فى الطريق وهناك حربى فأسلم ووقع فيها ومات ضمنه وان كان عند السبب حربيا ويخالف اذا جرحه ثم أسلم ومات لأن الجناية هناك حصلت وهو غير مضمون وان أرسل سهما على مسلم فوقع به وهو مرتد فمات لم يضمن لأن الجناية حصلت وهو غير مضمون فلم يضمنه كما لو أرسله على حى فوقع به وهو ميت

﴿ فصل ﴾ وان قتل مسلما تترس به الكفار لم يجب القصاص لأنه لا يجوز أن يجب القصاص مع جواز الرمى وأما الدية فقد قال فى موضع تجب وقال فى موضع ان علمه مسلما وجبت فمن أصحابنا من قال هو على قولين أحدهما انها تجب لأنه ليس من جهته تفريط فى الاقامة بين الكفار فلم يسقط ضمانه والثانى انه لا تجب لأن القاتل مضطر الى رميه ومنهم من قال ان علم انه مسلم لزمه ضمانه وان لم يعلم لم يلزمه ضمانه لأن مع العلم باسلامه يلزمه أن يتوقاه ومع الجهل باسلامه لا يلزمه أن يتوقاه وحمل القولين على هذين الحالين وقال أبو اسحق ان عينه بالرمى ضمنه وان لم يعنه لم يضمنه وحمل القولين على هذين الحالين

﴿ فصل ﴾ وتجب الدية بقتل الخطأ لقوله عز وجل ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وتجب بقتل العمد فى أحد القولين وبالعفو على الدية فى القول الآخر وقد بيناه فى الجنايات وتجب بشبه العمد لما روى عبد الله بن عمر رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال ألا ان فى دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها فان غرز ابرة فى غير مقتل فمات وقلنا انه لا يجب عليه القصاص ففى الدية وجهان أحدهما انها تجب لأنه قد يفضى الى القتل والثانى لا تجب لأنه لما لم تجب بأقل المثقل وهو الضرب بالقلم والرمى بالحصاة لم تجب بأقل المحدد

﴿ فصل ﴾ وتجب على الجماعة اذا اشتركوا فى القتل وتقسم بينهم على عددهم لأنه بدل متلف يتجزأ فقسم بين الجماعة على عددهم كغرامة المال فان اشترك فى القتل اثنان وهما من أهل القود فللولى أن يقتص من أحدهما ويأخذ من الآخر نصف الدية وان كان أحدهما من أهل القود والآخر من أهل الدية فله أن يقتص ممن عليه القود ويأخذ من الآخر نصف الدية

﴿ فصل ﴾ وتجب الدية بالاسباب فان شهد اثنان على رجل بالقتل فقتل بشهادتهما بغير حق ثم رجعا عن الشهادة كان حكمهما فى الدية حكم الشريكين لما روى أن شاهدين شهدا عند على كرم الله وجهه على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما فقال لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما وأغرمهما دية يده

﴿ ومن كتاب الديات ﴾

(قوله لا يمكن تلافى فعله) أى تداركه ولحوقه. تلافيته من كذا اذا نجيته من أمر كان قد أشفى عليه (قوله عنيه بالرمى) أى قصده بعينه (قوله أربعون خلفة) الخلفة الحامل وجمعها خلفات وخلف بكسر اللام وهى المخاض الحوامل من النوق مأخوذ من الخلف بالكسر وهى حلمة ضرع الناقة القادمان والآخران لأنها صارت ذات اخلاف أى ضروع

﴿ فصل ﴾ وان أكره رجل على قتل رجل فقتله فان قلنا انه يجب القود عليهما فللولى أن يقتل من شاء منهما ويأخذ نصف الدية من الآخر لأنهما كالشريكين فى القتل اذا كانا من أهل القود وان قلنا لا يجب القود الا على المكره الآمر دون المكره فللولى أن يقتل المكره ويأخذ من الآخر نصف الدية لانهما كالشريكين غير أن القصاص يسقط بالشبهة فسقط عنه والدية لا تسقط بالشبهة فوجب عليه نصفها

﴿ فصل ﴾ وان طرح رجلا فى نار يمكنه الخروج منها فلم يخرج حتى مات ففيه قولان أحدهما انه تجب الدية لأن ترك التخلص من الهلاك لا يسقط به ضمان الجناية كما لو جرحه جراحة وقدر المجروح على مداواتها فترك المداواة حتى مات والقول الثانى انها لا تجب وهو الصحيح لأن طرحه فى النار لا يحصل به التلف وانما يحصل ببقائه فيها باختياره فسقط ضمانه كما لو جرحه جرحا يسيرا لا يخاف منه فوسعه حتى مات وان طرحه فى ماء يمكنه الخروج منه فلم يخرج حتى مات ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالنار ومنهم من قال لا تجب قولا واحدا لأن الطرح فى الماء ليس بسبب للهلاك لأن الناس يطرحون أنفسهم فى الماء للسباحة وغيرها وانما حصل الهلاك بمقامه فيه فسقط ضمانه بخلاف النار

﴿ فصل ﴾ وان شد يديه ورجليه وطرحه فى ساحل فزاد الماء وهلك فيه نظرت فان كانت الزيادة معلومة الوجود كالمد بالبصرة فهو عمد محض ويجب به القصاص لأنه قصد تغريقه وان كان قد يزيد وقد لا يزيد فهو عمد خطأ وتجب به الدية المغلظة فان كان فى موضع لا يزيد فيه الماء فزاد وهلك فيه فهو خطأ محض وتجب فيه الدية مخففة وان شد يديه ورجليه وطرحه فى أرض مسبعة فقتله السبع فهو عمد خطأ وتجب فيه دية مغلظة وان كان فى أرض غير مسبعة فقتله السبع فهو خطأ محض وتجب فيه دية مخففة

﴿ فصل ﴾ وان سلم صبيا الى سابح ليعلمه السباحة فغرق ضمنه السابح لأنه سلمه اليه ليحتاط فى حفظه فاذا هلك بالتعليم نسب الى التفريط فضمنه كالمعلم اذا ضرب الصبى فمات وان سلم البالغ نفسه الى السابح فغرق لم يضمنه لأنه فى يد نفسه فلا ينسب الى التفريط فى هلاكه الى غيره فلا يجب ضمانه

﴿ فصل ﴾ وان كان صبى على طرف سطح فصاح رجل ففزع فوقع من السطح ومات ضمنه لأن الصياح سبب لوقوعه وان كان صياحه عليه فهو عمد خطأ وان لم يكن صياحه عليه فهو خطأ وان كان بالغ على طرف سطح فسمع الصيحة فى حال غفلته فخر ميتا ففيه وجهان أحدهما انه كالصبى لأن البالغ فى حال غفلته يفزع من الصيحة كما يفزع الصبى والثانى لا يضمن لأن معه من الضبط ما لا يقع به مع الغفلة

﴿ فصل ﴾ وان بعث السلطان الى امرأة ذكرت عنده بسوء ففزعت فألقت جنينا ميتا وجب ضمانه لما روى أن عمر رضى الله عنه أرسل الى امرأة مغيبة كان يدخل عليها فقالت يا ويلها مالها ولعمر فبينا هى فى الطريق اذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولدا فصاح الصبى صيحتين ثم مات فاستشار عمر رضى الله عنه أصحاب النبى ﷺ فأشار بعضهم ان ليس عليك شىء انما أنت وال ومؤدب وصمت على رضى الله عنه فأقبل عليه فقال ما تقول يا أبا الحسن فقال ان كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم وان كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك ان ديته عليك لأنك أنت أفزعتها فألقت وان فزعت المرأة فماتت لم تضمن لأن ذلك ليس بسبب لهلاكها فى العادة

﴿ فصل ﴾ وان طلب رجل بصيرا بالسيف فوقع فى بئر أو ألقى نفسه من شاهق فمات لم يضمن لأن الطلب سبب والالقاء مباشرة فاذا اجتمعا سقط حكم السبب بالمباشرة ولأن الطالب لم يلجئه الى الوقوع لأنه لو أدركه جاز أن لا يجنى عليه فصار كما لو جرحه رجل فذبح المجروح نفسه وان طلب ضريرا فوقع فى بئر أو من شاهق ومات فان كان عالما بالشاهق أو بالبئر لم يضمن لأنه كالبصير وان لم يعلم وجب ضمانه لأنه ألجأه اليه فتعلق به الضمان كالشهود اذا شهدوا بالقتل ثم رجعوا وان كان المطلوب صبيا أو مجنونا ففيه وجهان بناء على القولين فى عمدهما هل هو عمد أو خطأ فان قلنا ان عمدهما عمد لم يضمن الطالب الدية وان قلنا انه

(قوله كالمد بالبصرة) هى زيادة ماء نهرها حتى يفيض على أرض تليه وأصل المد السيل يقال مد النهر ومده نهر آخر قال العجاج: سيل أتى مده أتى (قوله فى أرض مسبعة) أى كثيرة السباع وقد ذكر (قوله الى امرأة مغيبة) غاب عنها زوجها بالماء وامرأة مشهد بغيرهاء أى زوجها شاهد حاضر وفى الحديث حتى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة. والطلق وجع الولادة وقد ذكر

خطأ ضمن وان طلب رجل رجلا فافترسه سبع فى طريقه نظرت فان ألجأه الطالب الى موضع السبع ضمنه كما لو ألقاه عليه وان لم يلجئه اليه لم يضمنه لأنه لم يلجئه اليه وان انخسف من تحته سقف فسقط ومات ففيه وجهان أحدهما لا يضمن كما لا يضمن اذا افترسه سبع والثانى يضمن لأنه ألجأه الى ما لا يمكنه الاحتراز منه

﴿ فصل ﴾ وان رماه من شاهق فاستقبله رجل بسيف فقده نصفين نظرت فان كان من شاهق يجوز أن يسلم الواقع منه وجب الضمان على القاطع لأن الرامى كالجارح والقاطع كالذابح وان كان من شاهق لا يسلم الواقع منه ففيه وجهان أحدهما انه يجب الضمان عليهما لأن كل واحد منهما سبب للاتلاف فصار كما لو جرحاه والثانى أن الضمان على القاطع لأن الرامى انما يكون سببا للتلف اذا وقع المرمى على الأرض وههنا لم يقع على الأرض وصار الرامى صاحب سبب والقاطع مباشرا فوجب الضمان على القاطع

﴿ فصل ﴾ اذا زنى بامرأة وهى مكرهة وأحبلها وماتت من الولادة ففيه قولان أحدهما يجب عليه ديتها لأنها تلفت بسبب من جهته تعدى به فضمنها والثانى لا يجب لأن السبب انقطع حكمه بنفى النسب عنه

﴿ فصل ﴾ وان حفر بئرا فى طريق الناس أو وضع فيه حجرا أو طرح فيه ماء أو قشر بطيخ فهلك به انسان وجب الضمان عليه لأنه تعدى به فضمن من هلك به كما لو جنى عليه وان حفر بئرا فى الطريق ووضع آخر حجرا فعثر رجل بالحجر ووقع فى البئر فمات وجب الضمان على واضع الحجر لأنه هو الذى ألقاه فى البئر فصار كما لو ألقاه فيها بيده وان وضع رجل حجرا فى الطريق فدفعه رجل على هذا الحجر فمات وجب الضمان على الدافع لأن الدافع مباشر وواضع الحجر صاحب سبب فوجب الضمان على المباشر وان وضع رجل حجرا فى الطريق ووضع آخر حديدة بقربه فعثر رجل بالحجر ووقع على الحديدة فمات وجب الضمان على واضع الحجر وقال أبو الفياض البصرى ان كانت الحديدة سكينا قاطعة وجب الضمان على واضع السكين دون واضع الحجر لأن السكين القاطع موح وان كانت غير قاطع وجب الضمان على واضع الحجر والأول هو الصحيح لأن الواضع هو المباشر وان حفر بئرا فى طريق لا يستضر به الناس فان حفرها لنفسه كان حكمه حكم الطريق الذى يستضر الناس بحفر البئر فيه لأنه لا يجوز أن يختص بشىء من طريق المسلمين وان حفرها لمصلحة الناس فان كان باذن الامام فهلك به انسان لم يضمن لأن ما فعله باذن الامام للمصلحة جائز فلا يتعلق به الضمان وان كان بغير اذنه ففيه وجهان أحدهما أنه لا يضمن لأنه حفرها لمصلحة المسلمين من غير اضرار فصار كما لو حفرها باذن الامام والثانى أنه يضمن لأن ما تعلق بمصلحة المسلمين يختص به الامام فمن افتات عليه فيه كان متعديا فضمن من هلك به وان بنى مسجدا فى موضع لا ضرر فيه أو علق قنديلا فى مسجد أو فرش فيه حصيرا من غير اذن الامام فهلك به انسان فهو كالبئر التى حفرها للمسلمين وان حفر بئرا فى موات ليتملكها أو لينتفع بها الناس لم يضمن من هلك بها لأنه غير متعد فى حفرها وان كان فى داره بئر قد غطى رأسها أو كلب عقور فدخل رجل داره بغير اذنه فوقع فى البئر فمات أو عقره الكلب فمات لم يضمنه لأنه ليس من جهته تفريط فى هلاكه فان دخلها باذنه فوقع فى البئر ومات أو عقره الكلب فمات ففى ضمانه قولان كالقولين فيمن قدم طعاما مسموما الى رجل فأكله فمات وان قدم صبيا الى هدف فأصابه سهم فمات ضمنه لأن الرامى كالحافر للبئر والذى قدمه كالملقى فيها فكان الضمان عليه وان ترك على حائط جرة ماء فرمتها الريح على انسان فمات لم يضمنه لأنه وضعها فى ملكه ووقعت من غير فعله وان بنى حائطا فى ملكه فمال الحائط الى الطريق ووقع على انسان فقتله ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق انه يضمن لأنه لما مال الى الطريق لزمه ازالته فاذا لم يزله صار متعديا بتركه فضمن من هلك به كما لو أوقع حائطا مائلا الى الطريق وترك نقضه حتى هلك به انسان والثانى وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه لا يضمن وهو المذهب لأنه بناه فى ملكه ووقع من غير فعله فأشبه اذا وقع من غير ميل

﴿ فصل ﴾ وان أخرج جناحا الى الطريق فوقع على انسان ومات ضمن نصف ديته لأن بعضه فى ملكه وبعضه خارج عن ملكه فسقط نصف الدية لما فى ملكه وضمن نصفها للخارج عن ملكه وان انكسرت خشبة من الخارج فوقعت على انسان فمات ضمن جميع الدية لأنه هلك بالخارج من ملكه وان نصب ميزابا فوقع على انسان فمات به ففيه قولان قال فى القديم لا يضمن لأنه مضطر اليه ولا يجد بدا منه بخلاف الجناح وقال فى الجديد يضمن لأنه غير مضطر اليه لأنه كان يمكنه أن يحفر فى ملكه بئرا

(قوله فمن افتات عليه) الافتيات [illegible] من فات يفوت أى لم يدرك (قوله وان نصب ميزابا) بالهمز وربما لم يهمز والجمع

يجرى الماء اليها فكان كالجناح

﴿ فصل ﴾ وان كان معه دابة فأتلفت انسانا أومالا بيدها أو رجلها أونابها أو بالت فى الطريق فزلق ببولها انسان فوقع ومات ضمنه لانها فى يده وتصرفه فكانت جنايتها كجنايته .

﴿ فصل ﴾ وان اصطدم فارسان أو راجلان وماتا وجب على كل واحد منهما نصف دية الآخر وقال المزنى ان استلقى أحدهما فانكب الآخر على وجهه وجب على المنكب دية المستلقى وهدر دمه لان الظاهر أن المنكب هو القاتل والمستلقى هو المقتول وهذا خطأ لان كل واحد منهما هالك بفعله وفعل صاحبه فهدر النصف بفعله و وجب النصف بفعل صاحبه كما لو جرح كل واحد منهما نفسه وجرحه صاحبه و وجه قول المزنى لا يصح لأنه يجوز أن يكون المستلقى صدم صدمة شديدة فوقع مستلقيا من شدة صدمته وان ركب صبيان أو أركبهما وليهما واصطدما وماتا فهما كالبالغين وان أركبهما من لا ولاية له عليهما فاصطدما وماتا وجب على الذى أركبهما دية كل واحد منهما النصف بسبب ما جنى كل واحد من الصبيين على نفسه والنصف بسبب ما جناه الآخر عليه وان اصطدمت امرأتان حاملان فماتتا وماتت جنيناهما كان حكمهما فى ضمانهما حكم الرجلين فأما الحمل فانه يجب على كل واحدة منهما نصف دية جنينها ونصف دية جنين الاخرى لجنايتهما عليهما

﴿ فصل ﴾ وان وقف رجل فى ملكه أو فى طريق واسع فصدمه رجل فماتا هدر دم الصادم لانه هلك بفعل هو مفرط فيه فسقط ضمانه كما لو دخل دار رجل فيها بئر فوقع فيها وتجب دية المصدوم على عاقلة الصادم لانه قتله بصدمة هو متعد فيها وان وقف فى طريق ضيق فصدمه رجل وماتا وجب على عاقلة كل واحد منهما دية الآخر لان الصادم قتل الواقف بصدمة هو مفرط فيها والمصدوم قتل الصادم بسبب هو مفرط فيه وهو وقوفه فى الطريق الضيق وان قعد فى طريق ضيق فعثر به رجل فماتا كان الحكم فيه كالحكم فى الصادم والمصدوم وقد بيناه

﴿ فصل ﴾ فان اصطدمت سفينتان وهلكتا ومافيهما فان كان بتفريط من القيمين بأن قصرا فى آلتهما أوقدرا على ضبطهما فلم يضبطا أوسيرا فى ريح شديدة لا تسير السفن فى مثلها وان كانت السفينتان ومافيهما لهما وجب على كل واحد منهما نصف قيمة سفينة صاحبه ونصف قيمة مافيها ويهدر النصف وان كانتا لغيرهما وجب على كل واحد منهما نصف قيمة سفينته ونصف قيمة مافيها ونصف قيمة سفينة صاحبه ونصف قيمة مافيها لما بيناه فى الفارسين فان كان فى السفن رجال فهلكوا ضمن عاقلة كل واحد منهما نصف ديات ركاب سفينته وركاب سفينة صاحبه فان قصدا الاصطدام وشهد أهل الخبرة ان مثل هذا يوجب التلف وجب على كل واحد منهما القصاص لركاب سفينته وركاب سفينة صاحبه وان لم يفرطا ففى الضمان قولان أحدهما يجب كما يجب فى اصطدام الفارسين اذا عجزا عن ضبط الفرسين والثانى لا يجب لانها تلفت من غير تفريط منهما فأشبه اذا تلفت بصاعقة واختلف أصحابنا فى موضع القولين فمنهم من قال القولان اذا لم يكن من جهتهما فعل بأن كانت السفن واقفة فجاءت الريح فقلعتها فأما اذا اسيرا ثم جاءت الريح فغلبتهما ثم اصطدما وجب الضمان قولا واحدا لأن ابتداء السير كان منهما فلزمهما الضمان كالفارسين وقال أبو اسحق وأبو سعيد القولان فى الحالين وفرقوا بينهما وبين الفارسين بأن الفارس يمكنه ضبط الفرس باللجام والقيم لا يمكنه ضبط السفينة فان قلنا انه يجب الضمان كان الحكم فيه كالحكم فيه اذا فرطا الا فى القصاص فانه لا يجب مع عدم التفريط وان قلنا انه لا يجب الضمان نظرت فان كانت السفن ومافيها لهما لم يجب على كل واحد منهما ضمان وان كانت السفن مستأجرة والمتاع الذى فيها أمانة كالوديعة ومال المضاربة لم يضمن لأن الجميع أمانة فلا تضمن مع عدم التفريط وان كانت السفن مستأجرة والمتاع الذى فيها يحمل بأجرة لم يجب ضمان السفن لأنها أمانة وأما المال فهو مال فى يد أجير مشترك فان كان معه صاحبه لم يضمن وان لم يكن معه صاحبه فعلى القولين فى الأجير المشترك وان كان أحدهما مفرطا والآخر غير مفرط كان الحكم فى المفرط ماذكرناه اذا كانا مفرطين والحكم فى غير المفرط ماذكرناه اذا كانا غير مفرطين

المآزيب ويقال المزراب (قوله اصطدم) الصدم ضرب الشىء الصلب بمثله قاله الهروى (قوله المنكب) هو الواقع على وجهه والمستلقى الواقع على قفاه قال الله تعالى أفمن يمشى مكبا على وجهه (قوله هدر دمه) يهدر بالكسر هدرا أى بطل . وأهدره السلطان أى أبطله والهدف الذى ينصب للرمى وقد ذكر (قوله على ضبطهما) ضبط الشىء حفظه بالحزم . والرجل ضابط أى حازم ضبط يضبط بالكسر

﴿فصل﴾ اذا كان فى السفينة متاع لرجل فثقلت السفينة فقال رجل لصاحب المتاع ألق متاعك فى البحر وعلى ضمانه فألقاه وجب عليه الضمان وقال أبو ثور لا يجب لأنه ضمان مالم يجب وهذا خطأ لأن ذلك ليس بضمان لان الضمان يفتقر الى مضمون عنه وليس ههنا مضمون عنه وانما هو استدعاء اتلاف بعوض لغرض صحيح فان قال ألق متاعك وعلىّ وعلى ركاب السفينة ألف فألقاه لزمه بحصته فان كانوا عشرة لزمه مائة وان كانوا خمسة لزمه مائتان لأنه جعل الألف على الجميع فلم يلزمه أكثر من الحصة فان قال أنا ألقيه على أنى وهم ضمناء فالقاه ففيه وجهان أحدهما أنه يجب عليه الحصة لما ذكرناه والثانى يجب عليه ضمان الجميع لأنه باشر الاتلاف

﴿فصل﴾ فان رمى عشرة أنفس حجرا بالمنجنيق فرجع الحجر وقتل أحدهم سقط من ديته العشر ووجب تسعة أعشار الدية على الباقين لانه مات من فعله وفعلهم فهدر بفعله العشر ووجب الباقى على التسعة

﴿فصل﴾ واذا وقع رجل فى بئر ووقع آخر خلفه من غير جذب ولا دفع فان مات الأول وجبت ديته على الثانى لما روى علىّ بن رباح اللخمى أن بصيرا كان يقود أعمى فوقعا فى بئر فوقع الأعمى فوق البصير فقتله فقضى عمر رضى الله عنه بعقل البصير على الاعمى فكان الاعمى ينشد فى الموسم

يا أيها الناس لقيت منكرا ✻ هل يعقل الاعمى الصحيح المبصرا ✻ خرا معا كلاهما تكسرا

ولأن الأول مات بوقوع الثانى عليه فوجبت ديته عليه وان مات الثانى هدرت ديته لأنه لا صنع لغيره فى هلاكه وان ماتا جميعا وجبت دية الأول على الثانى وهدرت دية الثانى لما ذكرناه فان جذب الاول الثانى ومات الاول هدرت ديته لانه مات بفعل نفسه وان مات الثانى وجبت ديته على الاول لانه مات بجذبه وان وقع الاول ثم وقع الثانى ثم وقع الثالث فان كان وقوعهم من غير جذب ولا دفع وجبت دية الاول على الثانى والثالث لانه مات بوقوعهما عليه وتجب دية الثانى على الثالث لانه انفرد بالوقوع عليه فانفرد بديته وتهدر دية الثالث لانه مات من وقوعه فان جذب بعضهم بعضا بأن وقع الاول وجذب الثانى وجذب الثانى الثالث وماتوا وجب للاول نصف الدية على الثانى لانه مات من فعله بجذب الثانى ومن فعل الثانى بجذب الثالث فهدر النصف بفعله ووجب النصف ويجب للثانى نصف الدية على الاول لانه جذبه ويسقط نصفها لانه جذب الثالث ويجب للثالث الدية لانه لا فعل له فى هلاك نفسه وعلى من تجب فيه وجهان أحدهما أنها تجب على الثانى لانه هو الذى جذبه والوجه الثانى أنها تجب على الاول والثانى نصفين لان الثانى جذبه والاول جذب الثانى فاضطره الى جذب الثالث وكان كل واحد منهما سببا فى هلاكه فوجبت الدية عليهما

﴿فصل﴾ وان تجارح رجلان وادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه قصد قتله فجرحه دفعا عن نفسه فالقول قول كل واحد منهما مع يمينه أنه ما قصد قتل صاحبه فاذا حلفا وجب على كل واحد منهما ضمان جرحه لان الجرح قد وجد وما يدعيه كل واحد منهما من قصد الدفع عن نفسه لم يثبت فوجب الضمان

﴿ باب الديات ﴾

دية الحر المسلم مائة من الابل لما روى أبو بكر محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب الى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات وقرئ على أهل اليمن ان فى النفس مائة من الابل فان كانت الدية فى عمد أو شبه عمد وجبت مائة مغلظة أثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وقال أبو ثور دية شبه العمد أخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة لانه لما كانت كدية الخطأ فى التأجيل والحمل على العاقلة كانت كدية الخطأ فى التخميس وهذا خطأ لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ خطب يوم فتح مكة فقال ألا ان دية الخطأ شبه العمد قتيل السوط والعصا دية مغلظة مائة من الابل منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها

(قوله بالمنجنيق) هو آلة يرمى عنها بالحجارة معروفة يقال بفتح الميم وياء كسرها عن ابن قتيبة وجمعه مجانق وهى معربة وأصلها بالفارسية من جى نيك أى ما أجودنى. وعلىّ بن رباح بضم العين وفتح اللام مصغرا وكان يقول لا أحل من صغر اسمى (قوله فى الموسم) هو مجتمع الحاج سمى بذلك لانه معلم يجتمع فيه من السمة وهى العلامة (قوله خرا) أى سقطا على وجوههما

وروى مجاهد عن عمر رضى الله عنه أن دية شبه العمد ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة ويخالف الخطأ فانه لم يقصد القتل ولا الجناية فخفف من كل وجه وفى شبه العمد لم يقصد القتل فجعل كالخطأ فى التأجيل والحمل على العاقلة وقصد الجناية فجعل كالعمد فى التغليظ بالاسنان وهل يعتبر فى الخلفات السن مع الحمل فيه قولان أحدهما لا يعتبر لقوله ﷺ منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها ولم يفرق والثانى يعتبر أن تكون ثنيات فافوقها لانه أحد أقسام أعداد ابل الدية فاختص بسن كالثلاثين وان كانت فى قتل الخطأ والقتل فى غير الحرم وفى غير الاشهر الحرم والمقتول غير ذى رحم محرم للقاتل وجبت دية مخففة أخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة لما روى أبو عبيدة عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال فى الخطأ عشرون جذعة وعشرون حقة وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون بنت مخاض وعن سليمان بن يسار أنهم كانوا يقولون دية الخطأ مائة من الابل عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وان كان القتل فى الحرم أو فى أشهر الحرم وهى ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب أو كان المقتول ذا رحم محرم للقاتل وجبت دية مغلظة لما روى مجاهد أن عمر رضى الله عنه قضى فيمن قتل فى الحرم أو فى الاشهر الحرم أو محرما بالدية وثلث الدية وروى أبو النجيح عن عثمان رضى الله عنه أنه قضى فى امرأة قتلت فى الحرم فجعل الدية ثمانية آلاف ستة آلاف الدية وألفين للحرم وروى نافع بن جبير أن رجلا قتل فى البلد الحرام فى شهر حرام فقال ابن عباس ديته اثنا عشر ألفا وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف فكملها عشرين ألفا فان كان القتل فى المدينة ففيه وجهان أحدهما أنه يغلظ لأنها كالحرم فى تحريم الصيد فكذلك فى تغليظ الدية والثانى لا تغلظ لأنها لا مزية لها على غيرها فى تحريم القتل بخلاف الحرم واختلف قوله فى عمد الصبى والمجنون فقال فى أحد القولين عمدهما خطأ لانه لو كان عمدا لأوجب القصاص فعلى هذا يجب بعمدها دية مخففة والثانى أن عمدهما عمد لانه يجوز تأديبهما على القتل فكان عمدهما عمدا كالبالغ العاقل فعلى هذا يجب بعمدهما دية مغلظة وما يجب فيه الدية من الاطراف فهو كالنفس فى الدية المغلظة والدية المخففة لانه كالنفس فى وجوب القصاص والدية فكان كالنفس فى الدية المغلظة والدية المخففة

﴿فصل﴾ وتجب الدية من الصنف الذى يملكه من تجب عليه الدية من القاتل أو العاقلة كما تجب الزكاة من الصنف الذى يملكه من تجب عليه الزكاة وان كان عند بعض العاقلة من البخاتى وعند البعض من العراب أخذ من كل واحد منهم من الصنف الذى عنده وان اجتمع فى ملك كل واحد منهم صنفان ففيه وجهان أحدهما انه يؤخذ من الصنف الاكثر فان استويا دفع مما شاء منهما والثانى يؤخذ من كل صنف بقسطه بناء على القولين فيمن وجبت عليه الزكاة وماله أصناف وان لم يكن عند من تجب عليه الدية ابل وجب من غالب ابل البلد فان لم يكن فى البلد ابل وجب من غالب أقرب البلاد اليه كما قلنا فى زكاة الفطر وان كانت ابل من تجب عليه الدية مراضا أو عجافا كلف أن يشترى ابلا صحاحا من الصنف الذى عنده لانه بدل متلف من غير جنسه فلا يؤخذ فيها معيب كقيمة الثوب المتلف وان أراد الجانى دفع العوض عن الابل مع وجودها لم يجبر الولى على قبوله وان أراد الولى أخذ العوض عن الابل مع وجودها لم يجبر الجانى على دفعه لأن ما ضمن لحق الآدمى ببدل لم يجز الاجبار فيه على دفع العوض ولا على أخذه مع وجوده كذوات الأمثال وان تراضيا على العوض جاز لأنه بدل متلف فجاز أخذ العوض فيه بالتراضى كالبدل فى سائر المتلفات

﴿فصل﴾ وان أعوزت الابل أو وجدت بأكثر من ثمن المثل ففيه قولان قال فى القديم يجب ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم لما روى عمرو بن حزم أن رسول الله ﷺ كتب الى أهل اليمن فى النفس مائة من الابل وعلى أهل الذهب ألف مثقال وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم وروى ابن عباس رضى الله عنه أن رجلا قتل على عهد رسول الله ﷺ فجعل النبى ﷺ ديته اثنى عشر ألفا فعلى هذا ان كان فى قتل يوجب التغليظ غلظ بثلث الدية لما روينا عن عمر وعثمان وابن عباس فى تغليظ الدية للحرم وقال فى الجديد تجب قيمة الابل بالغة ما بلغت لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كانت قيمة الدية على

(قوله وان أعوزت الابل) أعوز الشئ اذا احتاج اليه فلم يقدر عليه وعوز الشئ عوزا اذا لم يوجد ورجل معوز لا شئ عنده والعوز القلة

عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينارا وثمانية آلاف درهم وكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر رضى الله عنه فقام عمر خطيبا فقال ألا ان الابل قد غلت قال فقوم على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنى عشر ألف درهم وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشاء ألفى شاة وعلى أهل الحلل مائتى حلة ولأن ما ضمن بنوع من المال وتعذر وجبت قيمته كذوات الأمثال

﴿فصل﴾ ودية اليهودى والنصرانى ثلث دية المسلم ودية المجوسى ثلثا عشر دية المسلم لما روى سعيد بن المسيب أن عمر رضى الله عنه جعل دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمانمائة درهم وأما الوثنى اذا دخل بأمان وعقدت له هدنة فديته ثلثا عشر دية المسلم لانه كافر لا يحل للمسلم مناكحة أهل دينه فكانت ديته ثلثى عشر دية المسلم كالمجوسى وأما من لم تبلغه الدعوة فانه ان عرف الدين الذى كان متمسكا به وجبت فيه دية أهل دينه وان لم يعرف وجبت فيه دية المجوسى لانه متحقق وما زاد مشكوك فيه فلم يجب وقال أبو اسحق ان كان متمسكا بدين مبدل وجبت فيه دية أهل ذلك الدين وان كان متمسكا بدين لم يبدل وجبت فيه دية مسلم لانه مولود على الفطرة ولم يظهر منه عناد فكملت ديته كالمسلم والمذهب الاول لانه كافر فلم تكمل ديته كالذمى وان قطع يد ذمى ثم أسلم ومات وجبت فيه دية مسلم لان الاعتبار فى الدية بحال استقرار الجناية وهو فى حال الاستقرار مسلم وان جرح مسلم مرتدا فأسلم ومات من الجرح لم يضمن وقال الربيع فيه قول آخر أنه يضمن لان الجرح استقر وهو مسلم قال أصحابنا هذا من كيس الربيع والمذهب الاول لان الجرح وجد فيما استحق اتلافه فلم يضمن سرايته كما لو قطع الامام يد السارق فمات منه

﴿فصل﴾ ودية المرأة نصف دية الرجل لانه روى ذلك عن عمر وعثمان وعلى وابن عباس وابن عمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهم

﴿فصل﴾ ودية الجنين الحر غرة عبد أو أمة لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها فقضى رسول الله ﷺ أن دية جنينها غرة عبد أو أمة فقال حمل بن النابغة الهذلى كيف أغرم من لا أكل ولا شرب ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك يطل فقال النبى ﷺ انما هو من اخوان الكهان من أجل سجعه وان ضرب بطن امرأة منتفخة البطن فزال الانتفاخ أو بطن امرأة تجد حركة فى بطنها فسكنت الحركة لم يجب عليه شىء لانه يمكن أن يكون ريحا فانفشت فلم يجب الضمان مع الشك وان ضرب بطن امرأة فألقت مضغة لم تظهر فيها صورة الآدمى فشهد أربع نسوة أن فيها صورة الآدمى وجبت فيها الغرة لانهن يدركن من ذلك ما لا يدرك غيرهن وان ألقت مضغة لم تتصور فشهد أربع نسوة أنه خلق آدمى ولو بقى لتصور فعلى ما بيناه فى كتاب عتق أم الولد وان ضرب بطن امرأة فألقت يدا أو رجلا أو غيرهما من أجزاء الآدمى وجبت عليه الغرة لانا تيقنا أنه من جنين والظاهر أنه تلف من جنايته فوجب ضمانه وان ألقت رأسين أو أربع أيد لم يجب أكثر من غرة لانه يجوز أن يكون جنينا برأسين أو أربعة أيد فلا يجب ضمان ما زاد على جنين بالشك وان ضرب بطنها فألقت جنينا فاستهل أو تنفس أو شرب اللبن ومات فى الحال أو بقى متألما الى أن مات وجبت فيه دية كاملة وقال المزنى ان

(قوله الحلل) الحلل ههنا الثياب . قال أبو عبيد الحلل برود اليمن والحلة ازار ورداء لا يسمى حلة حتى يكون ثوبين (قوله على الفطرة ولم يظهر منه عناد) الفطرة أصل الدين وقد ذكر فى السواك. والعناد هو الخلاف فى الحق وهو يعرفه (قوله ودية الجنين الحر غرة عبد أو أمة) يروى مخفوضا على الاضافة ويروى غرة عبد أو أمة مرفوعا على أن يكون صفة للغرة وغرة المال أكرمه وفلان غرة قومه أى سيدهم. والغرة عند العرب أنفس شىء يملك وقال القتيبى سمى غرة لانه أفضل المال وأشهره . وسمى الجنين جنينا لانه استجن فى البطن أى استتر واختفى وقد ذكر (قوله ومثل ذلك يطل) أى يبطل و يذهب يقال طل دمه أى ذهب هدرا قال الشنفرى

ان بالشعب الذى دون سلع * لقتيلا دمه لا يطل

والكسائى يجيز طل دمه بفتح الطاء أى بطل. وقد روى بطل بالباء بواحدة من تحت (قوله من اخوان الكهان) جمع كاهن معروف الذى يدعى علم الغيب والكاهن العالم بالعبرانية وانما جعله من اخوان الكهان لاجل سجعه لانهم كانوا يتكلمون بكلام مسجوع والسجع الكلام المقفى

ألقته لدون ستة أشهر ومات ضمنه بالغرة ولا يلزمه دية كاملة لانه لم يتم له حياة وهذا خطأ لانا تيقنا حياته والظاهر أنه تلف من جنايته فوجب عليه دية كاملة وان ألقته حيا وجاء آخر وقتله فان كان فيه حياة مستقرة كان الثانى هو القاتل فى وجوب القصاص والدية الكاملة والاول ضارب فى وجوب التعزير وان قتله وليس فيه حياة مستقرة فالقاتل هو الاول وتلزمه الدية والثانى ضارب وليس بقاتل لان جنايته لم تصادف حياة مستقرة وان ضرب بطن امرأة فألقت جنينا وبقى زمانا سالما غير متألم ثم مات لم يضمنه لان الظاهر أنه لم يمت من الضرب ولا يلزمه ضمانه وان ضربها فألقت جنينا فاختلج ثم سكن وجبت فيه الغرة دون الدية لانه يجوز أن يكون اختلاجه للحياة ويجوز أن يكون بخروجه من مضيق لان اللحم الطرى اذا حصل فى مضيق انقبض فاذا خرج منه اختلج فلا تجب فيه الدية الكاملة بالشك

﴿فصل﴾ ولا يقبل فى الغرة ما له دون سبع سنين لان الغرة هى الخيار ومن له دون سبع سنين ليس من الخيار بل يحتاج الى من يكفله ولا يقبل الغلام بعد خمس عشرة سنة لانه لا يدخل على النساء ولا الجارية بعد عشرين سنة لانها تتغير وتنقص قيمتها فلم تكن من الخيار ومن أصحابنا من قال يقبل ما لم يطعن فى السن عبدا كان أو أمة ولا يقبل اذا طعن فى السن لانه يستغنى بنفسه قبل أن يطعن فى السن ولا يستغنى اذا طعن فى السن ولا يقبل فيه خصى وان كثرت قيمته ولا معيب وان قل عيبه لانه ليس من الخيار ولا يقبل الا ما يساوى نصف عشر الدية لانه روى ذلك عن زيد بن ثابت رضى الله عنه ولانه لا يمكن ايجاب دية كاملة لانه لم يكمل بالحياة ولا يمكن اسقاط ضمانه لانه خلق بشر فضمن بأقل ما قدر به الأرش وهو نصف عشر الدية لانه قدر به أرش الموضحة ودية السن ولا يجبر على قبول غير الغرة مع وجودها كما لا يقبل فى دية النفس غير الابل مع وجودها فان أعوزت الغرة وجب خمس من الابل لان الابل هى أصل فى الدية فان أعوزت وجبت قيمتها فى أحد القولين أو خمسون دينارا أو ستمائة درهم فى القول الآخر فان كانت الجناية خطأ وجبت دية مخففة وان كانت عمدا أو عمد خطأ وجبت دية مغلظة كما قلنا فى الدية الكاملة وان كان أحد أبويه نصرانيا والآخر مجوسيا وجب فيه نصف عشر دية نصرانى لان فى الضمان اذا وجد فى أحد أبويه ما يوجب وفى الآخر ما يسقط غلب الايجاب ولهذا لو قتل المحرم صيدا متولدا بين مأكول وغير مأكول وجب عليه الجزاء وان ضرب بطن امرأة نصرانية حامل بنصرانى ثم أسلمت ثم ألقت جنينا ميتا وجب فيه نصف عشر دية مسلم لان الضمان يعتبر بحال استقرار الجناية والجنين مسلم عند استقرار الجناية فوجب فيه نصف عشر دية مسلم وما يجب فى الجنين يرثه ورثته لانه بدل حر فورث عنه كدية غيره

﴿ باب اروش الجنايات ﴾

والجنايات التى توجب الأروش ضربان جروح وأعضاء فأما الجروح فضربان شجاج فى الرأس والوجه وجروح فيما سواهما من البدن فأما الشجاج فهى عشر الخارصة وهى التى تكشط الجلد والدامية وهى التى تخرج منها الدم والباضعة وهى التى تشق اللحم والمتلاحمة وهى التى تنزل فى اللحم والسمحاق وهى التى تسميها أهل البلد الملطاط وهى التى تستوعب اللحم الى أن تبقى غشاوة رقيقة فوق العظم والموضحة وهى التى تكشف عن العظم والهاشمة وهى التى تهشم العظم والمنقلة وتسمى أيضا المنقولة وهى التى تنقل العظم من مكان الى مكان والمأمومة وتسمى أيضا الآمة وهى التى تصل الى أم الرأس وهى جلدة رقيقة تحيط بالدماغ والدامغة وهى التى تصل الى الدماغ

﴿فصل﴾ والذى يجب فيه أرش مقدر من هذه الشجاج أربع وهى الموضحة والهاشمة والمنقلة والمأمومة فأما الموضحة فالواجب فيها خمس من الابل لما روى أبو بكر محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات وفى الموضحة خمس من الابل ويجب ذلك فى الصغيرة والكبيرة وفى البارزة والمستورة بالشعر لان اسم الموضحة يقع على الجميع وان أوضح موضحتين بينهما حاجز وجب عليه أرش موضحتين لانهما موضحتان وان أزال الحاجز بينهما وجب أرش موضحة لانه صار الجميع بفعله موضحة واحدة فصار كما لو أوضح الجميع من غير حاجز وان تآكل ما بينهما وجب أرش موضحة واحدة لان سرايته فعله كفعله وان أزال المجنى عليه الحاجز وجب على

(قوله فألقت جنينا فاختلج) أى تحرك واضطرب (قوله طعن فى السن) أى دخل فيه يطعن بالضم

الجانى أرش الموضحتين لان ماوجب بجنايته لا يسقط بفعل غيره وان جاء آخر فأزال الحاجز وجب على الاول أرش الموضحتين وعلى الآخر أرش موضحة لان فعل أحدهما لا يبنى على الآخر فانفرد كل واحد منهما بحكم جنايته وان أوضح موضحتين ثم قطع اللحم الذى بينهما فى الباطن وترك الجلد الذى فوقهما ففيه وجهان أحدهما يلزمه أرش موضحتين لانفصالهما فى الظاهر والثانى يلزمه أرش موضحة لاتصالهما فى الباطن وان شج رأسه شجة واحدة بعضها موضحة و بعضها باضعة لم يلزمه أكثر من أرش موضحة لانه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من أرش موضحة فلأن لا يلزمه والايضاح فى البعض أولى وان أوضح جميع رأسه وقدره عشرون اصبعا ورأس الجانى خمس عشرة أصبعا اقتص فى جميع رأسه وأخذ عن الربع الباقى ربع أرش موضحة وخرج أبو على بن أبى هريرة وجها آخر انه يأخذ عن الباقى أرش موضحة لان هذا القدر لو انفرد لوجب فيه أرش موضحة وهذا خطأ لانه اذا انفرد كان موضحة فوجب أرشها وههنا هو بعض موضحة فلم يجب فيه الا مايخصه

﴿ فصل ﴾ ويجب فى الهاشمة عشر من الابل لما روى قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت أنه قال فى الهاشمة عشر من الابل وان ضرب رأسه بمثقل فهشم العظم من غير ايضاح ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على ابن أبى هريرة أنه تجب فيه الحكومة لانه كسر عظم من غير ايضاح فأوجب الحكومة ككسر عظم الساق والثانى وهو قول أبى اسحق أنه يجب فيه خمس من الابل وهو الصحيح لانه لو أوضحه وهشمه وجب عليه عشر من الابل فدل على أن الخمس الزائدة لاجل الهاشمة وقد وجدت الهاشمة فوجب فيها الخمس وان هشم هاشمتين بينهما حاجز وجب عليه أرش هاشمتين كما قلنا فى الموضحتين

﴿ فصل ﴾ ويجب فى المنقلة خمس عشرة من الابل لما روى عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن فى المنقلة خمس عشرة من الابل وان أوضح رأسه موضحة ونزل فيها الى الوجه ففيه وجهان أحدهما أنه يجب عليه أرش موضحتين لانه أوضح فى عضوين فوجب أرش موضحتين كما لو فصل بينهما والثانى يجب أرش موضحة لانها موضحة واحدة فأشبه اذا أوضح فى الهامة موضحة ونزل فيها الى الناصية وان أوضح فى الرأس موضحة ونزل فيها الى القفا وجب عليه أرش الموضحة فى الرأس و يجب عليه حكومة فى الجراحة فى القفا لانه ليس بمحل للموضحة فانفرد الجرح فيه بالضمان

﴿ فصل ﴾ ويجب فى المأمومة ثلث الدية لما روى عكرمة بن خالد أن النبى ﷺ قضى فى المأمومة بثلث الدية وأما الدامغة فقد قال بعض أصحابنا يجب فيها ما يجب فى المأمومة وقال أقضى القضاة أبو الحسن الماوردى البصرى يجب عليه أرش المأمومة وحكومة لان خرق الجلد جناية بعد المأمومة فوجب لاجلها حكومة

﴿ فصل ﴾ وان شج رأس رجل موضحة فجاء آخر فجعلها هاشمة وجاء آخر فجعلها منقلة وجاء آخر فجعلها مأمومة وجب على الاول خمس من الابل وعلى الثانى خمس وعلى الثالث خمس وعلى الرابع ثمان عشر بعيرا وثلث لأن ذلك جناية كل واحد منهم

﴿ فصل ﴾ وأما الشجاج التى قبل الموضحة وهى خمسة الخارصة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق فينظر فيها فان أمكن معرفة قدرها من الموضحة بان كانت فى الرأس موضحة فشج رجل بجنبها باضعة أو متلاحمة وعرف قدر عمقها ومقدارها من الموضحة من نصف أو ثلث أو ربع وجب عليه قدر ذلك من أرش الموضحة لانه يمكن تقدير أرشها بنفسها فلم تقدر بغيرها وان لم يمكن معرفة قدرها من الموضحة وجبت فيها الحكومة لان تقدير الارش بالشرع ولم يرد الشرع بتقدير الأرش فيما دون الموضحة وتعذر معرفة قدرها من الموضحة فوجبت فيها الحكومة

﴿ فصل ﴾ وأما الجروح فيما سوى الرأس والوجه فضربان جائفة وغير جائفة فأما غير الجائفة فهى الجراحات التى لا تصل الى جوف والواجب فيها الحكومة فان أوضح عظما فى غير الرأس والوجه أو هشمه أو نقله وجب فيه الحكومة لأنها لا تشارك نظائرها من الشجاج التى فى الرأس والوجه فى الاسم ولا تساويها فى الشين والخوف عليه منها فلم تساوها فى تقدير الارش وأما الجائفة

وهى التى تصل الى الجوف من البطن أو الظهر أو الورك أو الصدر أو ثغرة النحر فالواجب فيها ثلث الدية لما روى فى حديث عمرو ابن حزم أن رسول الله ﷺ كتب الى أهل اليمن فى الجائفة ثلث الدية فان أجاف جائفتين بينهما حاجز وجب فى كل واحدة منهما ثلث الدية وان أجاف جائفة فجاء آخر ووسعها فى الظاهر والباطن وجب على الثانى ثلث الدية لان هذا القدر لو انفرد لكان جائفة فوجب فيه ارش الجائفة فان وسعها فى الظاهر دون الباطن أو فى الباطن دون الظاهر وجب عليه حكومة لان جنايته لم تبلغ الجائفة وان جرح فخذه وجر السكين حتى بلغ الورك وأجاف فيه أو جرح الكتف وجر السكين حتى بلغ الصدر وأجاف فيه وجب عليه ارش الجائفة وحكومة فى الجراحة لان الجراحة فى غير موضع الجائفة فانفردت بالضمان كما قلنا فيمن نزل فى موضحة الرأس الى القفا وان طعن بطنه بسنان فأخرجه من ظهره أو طعن ظهره فأخرجه من بطنه وجب عليه فى الداخل الى الجوف ارش الجائفة لانها جائفة وفى الخارج منه الى الظاهر وجهان أحدهما وهو المنصوص انه جائفة و يجب فيها ارش جائفة أخرى لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر رضى الله عنه قضى فى الجائفة اذا نفذت من الجوف جائفتان ولانها جراحة نافذة الى الجوف فوجب فيها ارش جائفة كالداخلة الى الجوف والثانى ليس بجائفة و يجب فيها حكومة لان الجائفة ما تصل من الظاهر الى الجوف وهذه خرجت من الجوف الى الظاهر فوجب فيها حكومة

﴿ فصل ﴾ وان طعن وجنته فهشم العظم ووصلت الى الفم ففيه قولان أحدهما انها جائفة و يجب فيها ثلث الدية لانها جراحة من ظاهر الى جوف فأشبهت الجراحة الواصلة الى الباطن والثانى انه ليس بجائفة لانه لا تشارك الجائفة فى اطلاق الاسم ولا تساويها فى الخوف عليه منها فلم تساوها فى ارشها فعلى هذا يجب عليه دية هاشمة لأنه هشم العظم و يجب عليه حكومة لما زاد على الهاشمة

﴿ فصل ﴾ وان خاط الجائفة فجاء رجل وفتق الخياطة نظرت فان كان قبل الالتحام لم يلزمه ارش لانه لم توجد منه جناية و يلزمه قيمة الخيط وأجرة المثل للخياطة وان كان بعد التحام الجميع لزمه ارش جائفة لانه بالالتحام عاد الى ما كان قبل الجناية و يلزمه قيمة الخيط ولا تلزمه أجرة الخياطة لانها دخلت فى ارش الجائفة وان كان بعد التحام بعضها لزمه الحكومة لجنايته على ما التحم وتلزمه قيمة الخيط ولا تلزمه أجرة الخياطة لانها دخلت فى الحكومة

﴿ فصل ﴾ وان أدخل خشبة أو حديدة فى دبر انسان فخرق حاجزا فى الباطن ففيه وجهان بناء على الوجهين فيمن خرق الحاجز بين الموضحتين فى الباطن أحدهما يلزمه ارش جائفة لانه خرق حاجزا الى الجوف والثانى تلزمه حكومة لبقاء الحاجز الظاهر

﴿ فصل ﴾ وان أذهب بكارة امرأة بخشبة أو نحوها لزمته حكومة لانه اتلاف حاجز وليس فيه ارش مقدر فوجبت فيه الحكومة وان أذهبها بالوطء لم يلزمه ارش لانها ان طاوعته فقد أذنت فيه وان أكرهها دخل ارشها فى المهر لانا نوجب عليه مهر بكر

﴿ فصل ﴾ وأما الاعضاء فيجب الارش فى اتلاف كل عضو فيه منفعة أو جمال فيجب فى اتلاف العينين الدية وفى أحدهما نصفها لما روى أن النبى ﷺ قال فى كتاب كتبه لعمرو بن حزم هذا كتاب الجروح فى النفس مائة من الابل وفى العين خمسون من الابل فأوجب فى كل عين خمسين من الابل فدل على انه يجب فى العينين مائة ولانهما من أعظم الجوارح جمالا ومنفعة و يجب فى عين الأعور نصف الدية للخبر ولان ما ضمن بنصف الدية مع بقاء نظيره ضمن به مع فقد نظيره كاليد وان جنى على عينيه أو رأسه أو غيرهما فذهب ضوء العينين وجبت الدية لانه أتلف المنفعة المقصودة بالعضو فوجبت ديته كما لو جنى على يده فشلت وان ذهب الضوء من احداهما وجب نصف الدية لان ما أوجب الدية فى اتلافهما أوجب نصف الدية فى اتلاف احداهما كاليدين وان أزال الضوء فأخذت منه الدية ثم عاد وجب رد الدية لانه لما عاد علمنا أنه لم يذهب لان الضوء اذا ذهب لم يعد وان زال الضوء فشهد عدلان من أهل الخبرة أنه يرجى عوده فان لم يقدر لعوده مدة معلومة لم ينتظر لان الانتظار الى غير مدة معلومة يؤدى الى اسقاط موجب الجناية وان قدرا مدة معلومة انتظر وان عاد الضوء لم يجب شىء وان لم يعد أخذ الجانى بموجب الجناية من القصاص أو الدية وان مات قبل انقضاء المدة لم يجب القصاص لانه موضع شبهة لانه يجوز أن لا يكون بطل الضوء ولعله لو عاش لعاد

والقصاص يسقط بالشبهة وأما الدية فقد قال فيمن قلع سنا وقال أهل الخبرة يرجى عوده الى مدة فمات قبل انقضائها ان في الدية قولين أحدهما تجب لانه أتلف ولم يعد والثاني لاتجب لانه لم يتحقق الاتلاف ولعله لو بقي لعاد فمن أصحابنا من جعل في دية الضوء قولين ومنهم من قال تجب دية الضوء قولا واحدا لان عود الضوء غير معهود بخلاف السن فان عودها معهود

﴿ فصل ﴾ فان جنى على عينيه فنقص الضوء منهما فان عرف مقدار النقصان بأن كان يرى الشخص من مسافة فصار لا يراه الا من نصف تلك المسافة وجب من الدية بقسطها لانه عرف مقدار ما نقص فوجب بقسطه وان لم يعرف قدر النقصان بأن ساء ادراكه وجبت فيه الحكومة لانه تعذر التقدير فوجبت فيه الحكومة وان نقص الضوء في احدى العينين عصبت العليلة وأطلقت الصحيحة ووقف له شخص في موضع يراه ثم لا يزال يبعد الشخص ويسأل عنه الى ان يقول لا أراه ويمسح قدر المسافة ثم تطلق العليلة وتعصب الصحيحة ولا يزال يقرب الشخص الى ان يراه ثم ينظر ما بين المسافتين فيجب من الدية بقسطها

﴿ فصل ﴾ وان جنى على عين صبي أو مجنون فذهب ضوء عينه وقال أهل الخبرة قد زال الضوء ولا يعود ففيه قولان أحدهما انه لا يجب عليه في الحال شيء حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون ويدعي زوال الضوء لجواز أن لا يكون الضوء زائلا والقول الثاني انه يجب القصاص أو الدية لان الجناية قد وجدت فتعلق بها موجبها

﴿ فصل ﴾ وان جنى على عين فشخصت أو احولت وجبت عليه حكومة لانه نقصان جمال من غير منفعة فضمن بالحكومة وان أتلف عينا قائمة وجبت عليه الحكومة لانه اتلاف جمال من غير منفعة فوجبت فيها الحكومة

﴿ فصل ﴾ ويجب في الجفون الدية لان فيها جمالا كاملا ومنفعة كاملة لانها تقي العين من كل ما يؤذيها ويجب في كل واحد منها ربع الدية لانه محدود ولانه ذو عدد تجب الدية في جميعها فوجب في كل واحد منها ما يخصها من الدية كالاصابع وان قلع الاجفان والعينين وجب عليه ديتان لانهما جنسان يجب باتلاف كل واحد منهما الدية فوجب باتلافهما ديتان كاليدين والرجلين فان أتلف الاهداب وجبت عليه الحكومة لانه اتلاف جمال من غير منفعة فضمن بحكومة وان قلع الاجفان وعليها الاهداب ففيه وجهان أحدهما لا يجب للاهداب حكومة لانه شعر نابت في العضو المتلف فلا يفرد بالضمان كشعر الذراع والثاني يجب للاهداب حكومة لان فيها جمالا ظاهرا فافردت عن العضو بالضمان

﴿ فصل ﴾ ويجب في الاذنين الدية وفي أحدهما نصفها لما روي أن النبي ﷺ كتب في كتاب عمرو بن حزم في الاذن خمسون من الابل فأوجب في الاذن خمسين من الابل فدل على انه يجب في الاذنين مائة ولان فيها جمالا ظاهرا ومنفعة مقصودة وهو انها تجمع الصوت وتوصله الى الدماغ فوجب فيها الدية كالعين وان قطع بعضها من نصف أو ربع أو ثلث وجب فيه من الدية بقسطه لان ما وجبت الدية فيه وجبت في بعضه بقسطه كالاصابع وان ضرب أذنه فاستحشفت ففيه قولان أحدهما تجب عليه الدية كما لو ضرب يده فشلت والثاني تجب عليه الحكومة لان منفعة الاذن جمع الصوت وذلك لا يزول بالاستحشاف بخلاف اليد فان منفعتها بالبطش وذلك يزول بالشلل وان قطع أذنا مستحشفة فان قلنا انه اذا ضربها فاستحشفت وجبت عليه الدية وجب في المستحشفة الحكومة كما لو قطع يدا شلاء وان قلنا انه تجب عليه الحكومة وجب في المستحشفة الدية كما لو قطع يدا مجروحة فان قطع اذن الاصم وجبت عليه الدية لان عدم السمع نقص في غير الاذن فلا يؤثر في دية الاذن

﴿ فصل ﴾ ويجب في السمع الدية لما روى أبو المهلب عن أبي قلابة ان رجلا رمى رجلا بحجر في رأسه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه فقضى فيه عمر رضي الله عنه بأربع ديات والرجل حي ولانها حاسة تختص بمنفعة فأشبهت حاسة البصر وان اذهب السمع في أحد الاذنين وجب نصف الدية لان كل شيئين وجبت الدية فيهما وجب نصفها في أحدهما كالاذنين وان قطع الاذنين

(قوله وان جنى على عين فشخصت) يقال شخص بصره اذا فتح عينه وجعل لا يطرف (قوله الاهداب) جمع هدب وهو شعر جفن العين يقال هدب وهدب (قوله فاستحشفت) أي يبست وتقبضت كهيئة الجلد اذا ترك على النار مأخوذ من حشف التمر وهو شراره الذي ييبس قبل ادراكه فلا يكون فيه لحم ولا طعم

وذهب السمع وجب عليه ديتان لان السمع فى غير الاذن فلا تدخل دية أحدهما فى الآخر وان جنى عليه فزال السمع وأخذت منه الدية ثم عاد وجب رد الدية لانه لم يذهب السمع لأنه لو ذهب لما عاد وان ذهب السمع فشهد شاهدان من أهل الخبرة انه يرجى عوده الى مدة فالحكم فيه كالحكم فى العين اذا ذهب ضوءها فشهد شاهدان انه يرجى عوده وقد بيناه وان نقص السمع وجب أرش ما نقص فان عرف القدر الذى نقص بأن كان يسمع الصوت من مسافة فصار لا يسمع الا من بعضها وجب فيه من الدية بقسطه وان لم يعرف القدر بأن ثقلت أذنه وساء سمعه وجبت الحكومة وان نقص السمع فى أحد الاذنين سدت العليلة وأطلقت الصحيحة ويؤمر رجل حتى يصيح من موضع يسمعه ثم لا يزال يبعد ويصيح الى ان يقول لا أسمع ثم تمسح المسافة ثم تطلق العليلة وتسد الصحيحة ثم يصيح الرجل ثم لا يزال يقرب ويصيح الى ان يسمعه وينظر ما بين المسافتين ويجب من الدية بقسطه

﴿ فصل ﴾ ويجب فى مارن الانف الدية لما روى طاوس قال كان فى كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الانف اذا أوعب مارنه جدعا الدية ولأنه عضو فيه جمال ظاهر ومنفعة كاملة ولأنه يجمع الشم ويمنع من وصول التراب الى الدماغ والاخشم كالاشم فى وجوب الدية لان عدم الشم نقص فى غير الانف فلا يؤثر فى دية الانف ويخالف العين القائمة فان عدم البصر نقص فى العين فمنع من وجوب الدية فى العين وان قطع جزءا من المارن كالنصف والثلث وجب فيه من الدية بقدره لأن ما ضمن بالدية يضمن بعضه بقدره من الدية كالأصابع وان قطع أحد المنخرين ففيه وجهان أحدهما وهو المنصوص ان عليه نصف الدية لأنه أذهب نصف الجمال ونصف المنفعة والثانى يجب عليه ثلث الدية لأن المارن يشتمل على ثلاثة أشياء المنخرين والحاجز فوجب فى كل واحد من المنخرين ثلث الدية وان قطع أحد المنخرين والحاجز وجب عليه على الوجه الأول نصف الدية للحاجز وعلى الوجه الثانى يجب عليه ثلثا الدية ثلث للحاجز وثلث للمنخر وان شق الحاجز وجب عليه حكومة وان قطع المارن وقصبة الأنف وجب عليه الدية فى المارن والحكومة فى القصبة لأن القصبة تابعة فوجب فيها الحكومة كالذراع مع الكف وان جنى على المارن فاستحشف ففيه قولان كالقولين فيمن جنى على الاذن حتى استحشف أحدهما تجب عليه الدية والثانى تجب عليه الحكومة وقد مضى وجههما فى الاذن

﴿ فصل ﴾ ويجب باتلاف الشم الدية لأنها حاسة تختص بمنفعة مقصودة فوجب باتلافها الدية كالسمع والبصر وان ذهب الشم من أحد المنخرين وجب فيه نصف الدية كما تجب فى اذهاب البصر من أحد العينين والسمع من أحد الأذنين وان جنى عليه فنقص الشم وجب عليه أرش ما نقص وان أمكن أن يعرف قدر ما نقص وجب فيه من الدية بقدره وان لم يمكن معرفة قدره وجبت فيه الحكومة لما بيناه فى نقصان السمع وان ذهب الشم وأخذت فيه الدية ثم عاد وجب رد الدية لأنا تبينا انه لم يذهب وانما حال دونه حائل لأنه لو ذهب لم يعد

﴿ فصل ﴾ وان جنى على رجل جناية لا أرش لها بأن لطمه أو لكمه أو ضرب رأسه بحجر فزال عقله وجب عليه الدية لما روى أن النبى ﷺ كتب فى كتاب عمرو بن حزم وفى العقل الدية ولأن العقل أشرف من الحواس لأن به يتميز الانسان من البهيمة وبه يعرف حقائق المعلومات ويدخل فى التكليف فكان بايجاب الدية أحق وان نقص عقله فان كان يعرف قدر ما نقص بأن يجن يوما ويفيق يوما وجب عليه من الدية بقدره لأن ما وجبت فيه الدية وجب بعضها فى بعضه كالأصابع وان لم يعرف قدره بأن صار اذا سمع صيحة زال عقله ثم يعود وجبت فيه الحكومة لأنه تعذر ايجاب جزء مقدر من الدية فعدل الى الحكومة فان كانت الجناية لها أرش مقدر نظرت فان بلغ الارش قدر الدية أو أكثر لم يدخل فى دية العقل ولم تدخل فيه دية العقل لما روى أبو المهلب عم أبى قلابة ان رجلا رمى رجلا بحجر فى رأسه فذهب عقله وسمعه ولسانه ونكاحه فقضى فيه عمر رضى الله عنه بأربع ديات وهو حى وان كان الارش دون الدية كارش الموضحة ونحوه ففيه قولان قال فى القديم يدخل فى دية العقل لأنه معنى يزول التكليف بزواله فدخل أرش الطرف فى ديته كالنفس وقال فى الجديد لا يدخل وهو الصحيح لأنه لو دخل فى ديته ما دون الدية لدخلت فيها الدية كالنفس ولأن العقل فى محل والجناية فى محل آخر فلا يدخل ارشها فى ديتها كما لو أوضح

(قوله اذا أوعب مارنه جدعا) أوعب واستوعب استؤصل واستقصى . والمارن مالان من الانف . والجدع قطع الانف وقطع الاذن

رأسه فذهب بصره وان شهر سيفا على صبي أو بالغ مضعوف أوصاح عليه صيحة عظيمة فزال عقله وجبت عليه الدية لأن ذلك سبب لزوال عقله وان شهر سيفا على بالغ متيقظ أوصاح عليه فزال عقله لم تجب عليه الدية لأن ذلك ليس بسبب لزوال عقله

﴿ فصل ﴾ ويجب في الشفتين الدية لما روى أن النبي ﷺ كتب في كتاب عمرو بن حزم في الشفتين الدية ولأن فيهما جمالا ظاهرا ومنافع كثيرة لأنهما يقيان الفم من كل ما يؤذيه ويردان الريق وينفخ بهما ويتم بهما الكلام ويجب في احداهما نصف الدية لأن كل شيئين وجب فيهما الدية وجب في أحدهما نصف الدية كالعينين والاذنين وان قطع بعضها وجب فيه من الدية بقدره كما قلنا في الاذن والمارن وان جنى عليهما فيبستا وجبت عليه الدية لأنه أتلف منافعهما فوجبت عليه الدية كما لو جنى على يديه فشلتا فان تقلصتا وجبت عليه الحكومة لأن منافعهما لم تبطل وانما حدث بهما نقص

﴿ فصل ﴾ ويجب في اللسان الدية لما روى أن النبي ﷺ كتب في كتاب عمرو بن حزم وفي اللسان الدية ولأن فيه جمالا ظاهرا ومنافع فأما الجمال فانه من أحسن ما يتجمل به الانسان والدليل عليه ما روى محمد بن علي بن الحسين أن النبي ﷺ قال للعباس أعجبني جمالك ياعم النبي فقال يارسول الله وما الجمال في الرجل قال اللسان ويقال المرء بأصغريه قلبه ولسانه ويقال ما الانسان لولا اللسان الاصورة ممثلة أو بهيمة مهملة وأما المنافع فانه يبلغ به الاغراض ويقضي به الحاجات وبه تتم العبادات في القراءة والأذكار وبه يعرف ذوق الطعام والشراب ويستعين به في مضغ الطعام وان جنى عليه فخرس وجبت عليه الدية لأنه أتلف عليه المنفعة المقصودة فأشبه اذا جنى على اليد فشلت أو على العين فعميت وان ذهب بعض الكلام وجب من الدية بقدره لان ماضمن جميعه بالدية ضمن بعضه ببعضها كالاصابع ويقسم على حروف كلامه لأن حروف اللغات مختلفة الاعداد فان في بعض اللغات ماعدد حروف كلامها أحد وعشرون حرفا ومنها ماعدد حروفها ستة وعشرون وحروف لغة العرب ثمانية وعشرون حرفا فان كان المجني عليه يتكلم بالعربية قسمت ديته على ثمانية وعشرين حرفا وقال أبو سعيد الاصطخري يقسم على حروف اللسان وهي ثمانية عشر حرفا ويسقط حروف الحلق وهي ستة الهمزة والهاء والحاء والخاء والعين والغين ويسقط حروف الشفة وهي أربعة الباء والميم والفاء والواو والمذهب الاول لان هذه الحروف وان كان مخرجها الحلق والشفة الا أن الذي ينطق بها هو اللسان ولهذا لا ينطق بها الاخرس وان ذهب حرف من كلامه وعجز به عن كلمة وجب عليه أرش الحرف لان الضمان يجب لما تلف وان جنى على لسانه فصار ألثغ وجب عليه دية الحرف الذي ذهب لان ما ابتدل به لا يقوم مقام الذاهب وان جنى عليه فحصل في لسانه ثقل لم يكن أو عجلة لم تكن أو تمتمة لم تجب عليه دية لان المنفعة باقية وتجب عليه حكومة لما حصل من النقص والشين

﴿ فصل ﴾ وان قطع ربع لسانه فذهب ربع كلامه وجب عليه ربع الدية وان قطع نصف لسانه وذهب نصف كلامه وجب عليه نصف الدية لان الذي فات من العضو والكلام سواء في القدر فوجب من الدية بقدر ذلك فان قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام وجب عليه نصف الدية وان قطع نصف اللسان وذهب ربع الكلام وجب عليه نصف الدية واختلف أصحابنا في علته فمنهم من قال العلة فيه ان ما يتلف من اللسان مضمون وما يذهب من الكلام مضمون وقد اجتمعا فوجب أكثرهما وقال أبو اسحاق الاعتبار باللسان الا انه اذا قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام دل ذهاب نصف الكلام على شلل ربع آخر من اللسان فوجب عليه نصف الدية ربعها بالقطع وربعها بالشلل فان قطع ربع اللسان وذهب نصف الكلام وقطع آخر ما بقي من اللسان وجب عليه على تعليل الاول ثلاثة أرباع الدية اعتبارا بما بقي من اللسان ويجب عليه على تعليل أبي اسحاق نصف الدية وحكومة لانه قطع من اللسان نصفا صحيحا وربعا أشل وان قطع واحد نصف لسانه وذهب ربع الكلام وجاء الثاني وقطع

(قوله مضعوف) يعني ضعيف العقل (قوله فان تقلصتا) أي ارتفعتا عن الأسنان. يقال قلص وتقلص فهو قالص وقلص بمعنى مخفف ومشدد . وقلصت شفته أي ازوت. وشفة قالصة وقال في البيان بحيث لا ينبسطان ولا تنقبض احداهما على الأخرى (قوله بهيمة مهملة) أي بلاراع يقال ابل همل بالتحريك وهاملة وهوامل وتركتها هملا أي سدى اذا تركتها ليلا ونهارا بلا راع (قوله فصار ألثغ) اللثغة في اللسان أن يصير الراء غينا أو لاما أو سينا. وقد لثغ بالكسر يلثغ لثغا فهو ألثغ وقد ذكر. والتمتمة التعثر في التاء وقد ذكرت. واللثة بكسر اللام والتخفيف ما حول الاسنان. وأصلها لثي والهاء عوض من الياء وجمعها لثات ولثي

الباقى وجب عليه على تعليل الاول ثلاثة أرباع الدية اعتبارا بما ذهب من الكلام و يجب عليه على تعليل أبى اسحق نصف الدية اعتبارا بما قطع من اللسان وان قطع نصف لسانه فذهب نصف كلامه فاقتص منه فذهب نصف كلامه فقد استوفى المجنى عليه حقه وان ذهب ربع كلامه أخذ المجنى عليه مع القصاص ربع الدية لتمام حقه فان ذهب بالقصاص ثلاثة أرباع كلامه لم يضمن الزيادة لانه ذهب بقود مستحق

﴿ فصل ﴾ وان كان لرجل لسان له طرفان فقطع رجل أحد الطرفين فذهب كلامه وجبت عليه الدية وان ذهب نصفه وجب عليه نصف الدية وان ذهب ربعه وجب عليه ربع الدية وان لم يذهب من الكلام شىء نظرت فان كانا متساويين فى الخلقة فهما كاللسان المشقوق و يجب بقطعهما الدية و بقطع أحدهما نصف الدية وان كان أحدهما تام الخلقة والآخر ناقص الخلقة فالتام هو اللسان الأصلى والآخر خلقة زائدة فان قطعهما قاطع وجب عليه دية وحكومة وان قطع التام وجبت عليه دية وان قطع الناقص وجبت عليه حكومة

﴿ فصل ﴾ وان جنى على لسانه فذهب ذوقه فلا يحس بشىء من المذاق وهى خمسة الحلاوة والمرارة والحموضة والملوحة والعذوبة وجبت عليه الدية لأنه أتلف عليه حاسة لمنفعة مقصودة فوجبت عليه الدية كما لو أتلف عليه السمع أو البصر وان نقص بعض الذوق نظرت فان كان النقصان لا يتقدر بأن كان يحس بالمذاق الخمس الا انه لا يدركها على كمالها وجبت عليه الحكومة لأنه نقص لا يمكن تقدير الارش فيه فوجبت فيه حكومة وان كان نقصا يتقدر بان لا يدرك أحد المذاق الخمس و يدرك الباقى وجب عليه خمس الدية وان لم يدرك اثنين وجب عليه خمسان لأنه يتقدر المتلف فيقدر الارش

﴿ فصل ﴾ وان قطع لسان أخرس فان كان بقى بعد القطع ذوقه وجبت عليه الحكومة لانه عضو بطلت منفعته فضمن بالحكومة كالعين القائمة واليد الشلاء وان ذهب ذوقه بالقطع وجبت عليه دية كاملة لاتلاف حاسة الذوق وان قطع لسان طفل فان كان قد تحرك بالبكاء أو بما يعبر عنه اللسان كقوله بابا و ماما وجبت عليه الدية لانه لسان ناطق وان لم يكن تحرك بالبكاء ولا بما يعبر عنه اللسان فان كان بلغ حدا يتحرك اللسان فيه بالبكاء والكلام وجبت الحكومه لان الظاهر انه لم يكن ناطقا لانه لو كان ناطقا لتحرك بما يدل عليه وان قطعه قبل أن يمضى عليه زمان يتحرك فيه اللسان وجبت عليه الدية لان الظاهر السلامة فضمن كما تضمن أطرافه وان لم يظهر فيها بطش

﴿ فصل ﴾ وان قطع لسان رجل فقضى عليه بالدية ثم نبت لسانه فقد قال فيمن قلع سن من ثغر ثم نبتت سنه أنه على قولين أحدهما يرد الدية والثانى لا يرد فن أصحابنا من جعل اللسان أيضا على قولين وهو قول أبى اسحق لأنه اذا كان فى السن التى لا تنبت فى العادة اذا نبتت قولان وجب أن يكون فى اللسان أيضا قولان ومنهم من قال لا يرد الدية فى اللسان قولا واحدا وهو قول أبى على ابن أبى هريرة والفرق بينه و بين السن أن فى جنس السن ما يعود وليس فى جنس اللسان ما يعود فوجب أن يكون ما عاد هبة مجددة فلم يسقط به بدل ما أتلف عليه وان جنى على لسانه فذهب كلامه وقضى عليه بالدية ثم عاد الكلام وجب رد الدية قولا واحدا لأن الكلام اذا ذهب لم يعد فلما عاد علمنا أنه لم يذهب وانما امتنع لعارض

﴿ فصل ﴾ و يجب فى كل سن خمس من الابل لما روى عمرو بن حزم أن رسول الله ﷺ كتب الى أهل اليمن وفى السن خمس من الابل والانياب والاضراس والثنايا والرباعيات فى ذلك سواء للخبر ولأنه جنس ذو عدد فلم تختلف ديتها باختلاف منافعها كالاصابع وان قلع ما ظهر وخرج من لحم اللثة و بقى السنخ لزمه دية السن لان المنفعة والجمال فيما ظهر فكملت ديته كما لو قطع الاصابع دون الكف فان عاد هو أو غيره وقلع السنخ المغيب وجبت عليه حكومة لانه تابع لما ظهر فوجبت فيه الحكومة كما لو قطع الكف بعد ما قطع الاصابع وان قلع السن من أصلها مع السنخ لم يلزمه لما تحتها من السنخ حكومة لان السنخ تابع لما ظهر فدخل فى ديته كالكف اذا قطع مع الأصابع وان كسر بعض السن طولا أو عرضا وجب عليه من دية السن بقدر ما كسر منها من النصف أو الثلث أو الربع لأن ما وجب فى جميعه الدية وجب فى بعضه من الدية بقدره

(قوله السنخ) السنخ الأصل . وأسناخ الاسنان أصولها

كالأصابع و يعتبر القدر من الظاهر دون السنخ المغيب لأن الدية تكمل بقطع الظاهر فاعتبر المكسور منه فان ظهر السنخ المغيب بعلة اعتبر القدر المكسور بما كان ظاهرا قبل العلة لانما ظهر بالعلة لان الدية تجب فيما كان ظاهرا فاعتبر القدر المكسور منه

﴿فصل﴾ وان قلع سنا فيها شق أو أكلة فان لم يذهب شيء من أجزائها وجبت فيها دية السن كاليد المريضة وان ذهب من أجزائها شيء سقط من ديتها بقدر الذاهب و وجب الباقي فان كانت احدى ثنيتيه العليا و ين أو السفلاو ين أقصر من الأخرى فقلع القصيرة نقص من ديتها بقدر ما نقص منها لأنهما لا يختلفان في العادة فاذا اختلفا كانت القصيرة ناقصة فلم تكمل ديتها وان قلع سنا مضطربة نظرت فان كانت منافعها باقية مع حركتها من المضغ وحفظ الطعام والريق وجبت فيها الدية لبقاء المنفعة والجمال وان ذهبت منافعها وجبت فيها الحكومة لأنه لم يبق غير الجمال فلم يجب غير الحكومة كاليد الشلاء وان نقصت منافعها فذهب بعضها و بقي البعض ففيه قولان أحدهما يجب فيها الدية لأن الجمال تام والمنفعة باقية وان كانت ضعيفة فكملت ديتها كما لو كانت ضعيفة من أصل الخلقة والثاني يجب فيها الحكومة لأن المنفعة قد نقصت و يجهل قدر الناقص فوجب فيها الحكومة وان ضرب سنه فاصفرت أو احرت وجبت فيها الحكومة لأن منافعها باقية وانما نقص بعض جمالها فوجب فيها الحكومة فان ضربها فاسودت فقد قال في موضع تجب فيها الحكومة وقال في موضع تجب الدية وليست على قولين وانما هي على اختلاف حالين فالذي قال تجب فيها الدية اذا ذهبت المنفعة والذي قال تجب فيها الحكومة اذا لم تذهب المنفعة وذكر المزني أنها على قولين واختار أنه يجب فيها الحكومة والصحيح هو الطريق الأول

﴿فصل﴾ واذا قلع أسنان رجل كلها نظرت فان قلع واحدة بعد واحدة وجب لكل سن خمس من الابل فيجب في أسنانه وهي اثنان وثلاثون سنا مائة وستون بعيرا وان قلعها في دفعة واحدة ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجب عليه أكثر من دية لأنه جنس ذو عدد فلم يضمن بأكثر من دية كأصابع اليدين والثاني أنه يجب في كل سن خمس من الابل وهو المذهب لحديث عمرو بن حزم ولأن ما ضمن ديته بالجناية اذا انفرد لم تنقص ديته بانضمام غيره اليه كالموضحة

﴿فصل﴾ اذا قلع سن صغير لم يثغر لم يلزمه شيء في الحال لأن العادة في سنه أن يعود و ينبت فلم يلزمه شيء في الحال كما لو نتف شعره فان نبت له مثلها في مكانها لم يلزمه ديتها وهل تلزمه حكومة فيه وجهان أحدهما لا تلزمه كما لو نتف شعره فنبت مثله والثاني تلزمه حكومة الجرح الذي حصل بالقلع وان لم تنبت له ووقع الاياس من نباتها وجبت ديتها لأنا تحققنا اتلاف السن وان مات قبل الاياس من نباتها ففيه قولان أحدهما يجب عليه دية السن لأنه قلع سنا لم تعد والثاني لا يجب لأن الظاهر أنها تعود وانما مات بموته وان نبتت له سن خارجة عن صف الاسنان فان كانت بحيث ينتفع بها وجبت ديتها وان كانت بحيث لا ينتفع بها وجبت الحكومة للشين الحاصل بخروجها عن سمت الأسنان فان نبتت أقصر من نظيرتها وجب عليه من ديتها بقدر ما نقص لأنه نقص بجنايته فصار كما لو كسر بعض سن وان نبت أطول منها فقد قال بعض أصحابنا لا يلزمه شيء وان حصل بها شين لأن الزيادة لا تكون من الجناية قال الشيخ الامام و يحتمل عندي أنه تلزمه الحكومة للشين الحاصل بطولها كما تلزمه في الشين الحاصل بقصرها لأن الظاهر أن الجميع حصل بسبب قلع السن وان نبتت له سن صفراء أو سن خضراء وجبت عليه الحكومة لنقصان الكمال فان قلع سن من أثغر وجبت ديتها في الحال لأن الظاهر أنه لا ينبت له مثلها فان أخذ الدية ثم نبتت له مثلها في مكانها ففيه قولان أحدهما يجب رد الدية لأنه عاد له مثلها فلم يستحق بدلها كالذي لم يثغر والثاني أنه لا يجب رد الدية لأن العادة جرت في سن من ثغر أنه لا يعود فاذا عادت كان ذلك هبة مجددة فلا يسقط به ضمان ما أتلف عليه

﴿فصل﴾ و يجب في اللحيين الدية لأن فيهما جمالا وكمالا ومنفعة كاملة فوجبت فيهما الدية كالشفتين وان قلع أحدهما وتماسك الآخر وجب عليه نصف الدية لأنهما عضوان تجب الدية فيهما فوجب نصف الدية في أحدهما كالشفتين واليدين وان قلع اللحيين مع الأسنان وجب عليه دية اللحيين ودية الأسنان ولا تدخل دية أحدهما في الآخر لأنهما جنسان مختلفان

(قوله سنا مضطربة) هي التي تتحرك مع بقائها في منبتها (قوله حصل بها شين) الشين ضد الزين يقال شانه يشينه. والشائن المعايب والمقابح. والبطش الاخذ بقوة يقال بطش يبطش و يبطش

فيجب في كل واحد منهما دية مقدرة فلم تدخل دية احداهما في دية الأخرى كالشفتين مع الأسنان وتخالف الكف مع الأصابع فان الكف تابع للاصابع في المنفعة واللحيان أصلان في الجمال والمنفعة فهما كالشفتين مع الأسنان

﴿فصل﴾ و يجب في اليدين الدية لما روى معاذ رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في اليدين الدية و يجب في احداهما نصف الدية لما روى أن رسول الله ﷺ كتب لعمر و بن حزم حين أمره على نجران في اليد خمسون من الابل واليد التي تجب فيها الدية هي الكف فان قطع الكف وجبت الدية وان قطع من نصف الذراع أو من المرفق أو من العضد أو من المنكب وجبت الدية في الكف و وجب فيما زاد الحكومة وقال أبو عبيد بن حربويه الذي تجب فيه الدية هو اليد من المنكب لأن اليد اسم للجميع والمذهب الأول لأن اسم اليد يطلق على الكف والدليل عليه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما والمراد به الكف ولأن المنفعة المقصودة من اليد هو البطش والأخذ والدفع وهو بالكف وما زاد تابع للكف فوجبت الدية في الكف والحكومة فيما زاد و يجب في كل أصبع عشر الدية لما روى أبو بكر بن محمد بن عمر و بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب الى أهل اليمن في كل اصبع من الاصابع من اليد والرجل عشر من الابل ولا يفضل اصبع على اصبع لما ذكرناه من الخبر ولما روى عمر و بن شعيب عن أبيه عن جده مسندا الأصابع كلها سواء عشر عشر من الابل ولأنه جنس ذو عدد تجب فيه الدية فلم تختلف ديتها باختلاف منافعها كاليدين و يجب في كل أنملة من غير الابهام ثلث دية الاصبع وفي كل أنملة من الابهام نصف دية الاصبع لانه لما قسمت دية اليد على عدد الاصابع وجب أن يقسم دية الاصبع على عدد الأنامل

﴿فصل﴾ وان جنى على يد فشلت أو على أصبع فشلت أو على أنملة فشلت وجب عليه ما يجب في قطعها لان المقصود بها هو المنفعة فوجب في اتلاف منفعتها ما وجب في اتلافها وان قطع يدا شلاء أو اصبعا شلاء أو أنملة شلاء وجب عليه الحكومة لأنه اتلاف جمال من غير منفعة

﴿فصل﴾ و يجب في الرجلين الدية لما روى معاذ رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال في الرجلين الدية و يجب في احداهما نصف الدية لما روى عمر و بن حزم أن رسول الله ﷺ قال في الرجل نصف الدية والرجل التي يجب في قطعها نصف الدية القدم فان قطع من الساق أو من الركبة أو من بعض الفخذ أو من أصل الفخذ وجبت الدية في القدم و وجبت الحكومة فيما زاد لما ذكرناه في اليد و يجب في كل اصبع من أصابع الرجل عشر الدية لما ذكرناه في اليد من حديث عمر و بن حزم و يجب في كل أنملة من غير الابهام ثلث دية الاصبع وفي كل أنملة من الابهام نصف دية الاصبع لما ذكرناه في اليد

﴿فصل﴾ و يجب في قدم الاعرج و يد الاعسم اذا كانتا سليمتين الدية لأن العرج انما يكون من قصر احدى الساقين وذلك ليس بنقص في القدم والعسم لقصر العضد أو الذراع أو اعوجاج الرسغ وذلك ليس بنقص في الكف فلم يمنع كمال الدية في القدم والكف كذكر الخصي وأذن الاصم وأنف الاخشم

﴿فصل﴾ اذا كسر الساعد فجبره مجبر أو خلع كفه فاعوجت ثم جبرها فجبرت وعادت مستقيمة وجبت الحكومة لأنه حصل به نقص وان لم تعد الى ما كانت كانت الحكومة أكثر لأن النقص أكثر فان قال الجاني أنا أعيد خلعها وأعيدها مستقيمة منع من ذلك لأنه استئناف جناية أخرى فان كابره وخلعه فعاد مستقيما وجب عليه بهذا الخلع حكومة ولا يسقط ما وجب من الحكومة الأولى لأنها حكومة استقرت بالجناية وما حصل من الاستقامة حصل بمعنى آخر فلم يسقط ما وجب و يخالف اذا جنى على العين فذهب الضوء ثم عاد لأنا تيقن أن الضوء لم يذهب

﴿فصل﴾ وان كان لرجل كفان من ذراع فان لم يبطش بواحد منهما لم يجب فيهما قود ولا دية لان منافعهما قد بطلت فصارا كاليد الشلاء و يجب فيهما حكومة لان فيهما جمالا وان كان أحدهما يبطش دون الآخر فالذي يبطش به هو الأصلي فيجب فيه

(قوله الاعسم) العسم بالفتح في الكف والقدم أن ييبس مفصل الرسغ حتى يعوج الكف والقدم، يقال رجل أعسم بين العسم هكذا ذكره الجوهري وقال في ديوان الأدب هو يبس في الرجل. والرسغ هو ما يلي الكوع الى ظهر الكف وقد ذكر (قوله خلع كفه) أي فكها من معصمها حتى استرخت فلا يطيق رفعها. وقد شلت يده تشل بفتح الشين فيهما اذا يبست وقيل اذا استرخت ولا تشلل بفتح التاء واللام اذا دعى لك بالسلامة من الشلل قال الشاعر

فلا تشلل يد فتكت بعمرو * فانك لن تذل ولن تضاما

القود أو الدية والآخر خلقة زائدة ويجب فيها الحكومة وان كان أحدهما أكثر بطشا كان الأصلى هو أكثرهما بطشا سواء كان الباطش على مستوى الذراع أو منحرفا عنه لان الله تعالى جعل البطش فى الاصلى فوجب أن يرجع فى الاستدلال عليه كما يرجع فى الخنثى الى بوله وان استويا فى البطش فان كان أحدهما على مستوى الذراع والآخر منحرفا عن مستوى الذراع فالاصلى هو الذى على مستوى الذراع فيجب فيه القود أو الدية ويجب فى الآخر الحكومة فان استويا فى ذلك فان كان أحدهما تام الأصابع والآخر ناقص الأصابع فالاصلى هو التام الأصابع فيجب فيه القود أو الدية والآخر خلقة زائدة ويجب فيها الحكومة وان استويا فى تمام الأصابع الا أن فى أحدهما زيادة اصبع لم ترجح الزيادة ولانه قد يكون الاصبع الزائدة فى غير اليد الأصلية فاذا استويا فى الدلائل فهما يد واحدة فان قطعهما قاطع وجب عليه القود أو الدية ووجب عليه الزيادة حكومة فان قطع احداهما لم يجب القود لعدم المماثلة وعليه نصف دية يد وزيادة حكومة لانها نصف يد زائدة وان قطع أصبعا من احداهما فعليه نصف دية اصبع وزيادة حكومة لانها نصف اصبع زائدة وان قطع أنملة اصبع من احداهما وجب عليه نصف دية أنملة وزيادة حكومة لانها نصف أنملة زائدة

﴿فصل﴾ ويجب فى الاليتين الدية لان فيهما جمالا كاملا ومنفعة كاملة فوجب فيهما الدية كاليدين ويجب فى احداهما نصف الدية لان ما وجبت الدية فى اثنين منه وجب نصفها فى أحدهما كاليدين وان قطع بعضها وجب فيه من الدية بقدره وان جهل قدره وجبت فيه الحكومة

﴿فصل﴾ وان كسر صلبه انتظر فان جبر وعاد الى حاله لزمته حكومة الكسر وان احدودب لزمه حكومة للشين الذى حصل به وان ضعف مشيه أو احتاج الى عصا لزمته حكومة لنقصان مشيه وان عجز عن المشى وجبت عليه الدية لما روى الزهرى عن سعيد بن المسيب أنه قال مضت السنة أن فى الصلب الدية وفى اللسان الدية وفى الذكر الدية وفى الأنثيين الدية ولانه أبطل عليه منفعة مقصودة فوجبت عليه الدية وان كسر صلبه وعجز عن الوطء وجبت عليه الدية لانه أبطل عليه منفعة مقصودة وان ذهب مشيه وجماعه ففيه وجهان أحدهما لا تلزمه الا دية واحدة لانهما منفعتا عضو واحد والثانى يلزمه ديتان وهو ظاهر النص لانه يجب فى كل واحد منهما الدية عند الانفراد فوجبت فيهما ديتان عند الاجتماع كما لو قطع أذنيه فذهب سمعه أو قطع أنفه فذهب شمه

﴿فصل﴾ ويجب فى الذكر الدية لما روى أن النبى ﷺ كتب مع عمرو بن حزم الى اليمن وفى الذكر الدية ويجب ذلك فى ذكر الشيخ والطفل والخصى والعنين لان العضو فى نفسه سليم ولا تجب فى ذكر أشل لانه بطلت منفعته فلم تكمل ديته ويجب فيه الحكومة لانه أتلف عليه جماله وان جنى على ذكره فشل وجبت ديته لان المقصود بالعضو هو المنفعة فوجب فى اتلاف منفعته ما وجب فى اتلافه وان قطع الحشفة وجبت الدية لان منفعة الذكر تكمل بالحشفة كما تكمل منفعة الكف بالأصابع فكملت الدية بقطعها وان قطع الحشفة وجاء آخر فقطع الباقى وجبت فيه حكومة كما لو قطع الاصابع وجاء آخر وقطع الكف وان قطع بعض الحشفة وجب عليه من الدية بقسطها وهل تقسط على الحشفة وحدها أو على جميع الذكر فيه قولان أحدهما تقسط على الحشفة لان الدية تكمل بقطعها فقسطت عليها كدية الأصابع والثانى يقسط على الجميع لان الذكر هو الجميع فقسطت الدية على الجميع

﴿فصل﴾ ويجب فى الأنثيين الدية لما روى أن النبى ﷺ كتب الى أهل اليمن مع عمرو بن حزم وفى الأنثيين الدية ويجب فى أحدهما نصف الدية لان ما وجب فى اثنين منه الدية وجبت فى أحدهما نصفها كاليد

﴿فصل﴾ وما اشترك فيه الرجل والمرأة من الجروح والاعضاء ففيه قولان قال فى القديم تساوى المرأة الرجل الى ثلث الدية فاذا زادت على ذلك كانت المرأة على النصف من الرجل لما روى نافع عن ابن عمر أنه قال تستوى دية الرجل والمرأة الى ثلث الدية ويختلفان فيما سوى ذلك وقال فى الجديد هى على النصف من الرجل فى جميع الأروش وهو الصحيح لانهما شخصان مختلفان فى دية النفس فاختلفا فى أروش الجنايات كالمسلم والكافر ولانه جناية يجب فيها أرش مقدر فكانت المرأة على النصف من الرجل فى أرشها كقطع اليد والرجل وقول ابن عمر يعارضه قول على كرم الله وجهه فى جراحات الرجال والنساء سواء على النصف فيما قل أو كثر

﴿فصل﴾ ويجب فى ثدى المرأة الدية لان فيهما جمالا ومنفعة فوجب فيهما الدية كاليدين والرجلين ويجب فى احداهما نصف الدية لما ذكرناه فى الأنثيين وان جنى عليهما فشلتا وجبت عليه الدية لان المقصود بالعضو هو المنفعة فكان اتلاف منفعته كاتلافه وان كانتا ناهدين فاسترسلتا وجبت الحكومة لانه نقص جمالهما وان كان لهما لبن فجنى عليهما فانقطع لبنها وجبت عليه الحكومة لانه قطع اللبن بجنايته وان جنى عليهما قبل أن ينزل لها اللبن فولدت ولم ينزل لها لبن سئل أهل الخبرة فان قالوا لا ينقطع الا بالجناية وجبت الحكومة وان قالوا قد ينقطع من غير جناية لم تجب الحكومة لجواز أن يكون انقطاعه لغير الجناية فلا تجب الحكومة بالشك وتجب الدية فى حلمتيهما وهو رأس الثدى لان منفعة الثديين بالحلمتين لان الصبى بهما يمص اللبن وبذهابهما تتعطل منفعة الثديين فوجب فيهما ما يجب فى الثديين كما يجب فى الاصابع ما يجب فى الكف وأما حلمتا الرجل فقد قال فى موضع يجب فيه حكومة وقال فى موضع قد قيل ان فيهما الدية فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما تجب فيهما الدية لان ما وجبت فيه الدية من المرأة وجبت فيه الدية من الرجل كاليدين والثانى وهو الصحيح أنه يجب فيهما الحكومة لانه اتلاف جمال من غير منفعة فوجبت فيه الحكومة ومنهم من قال يجب فيه الحكومة قولا واحدا وقوله قد قيل ان فيهما الدية حكاية عن غيره

﴿فصل﴾ ويجب فى اسكتى المرأة وهما الشفران المحيطان بالفرج الدية لان فيهما جمالا ومنفعة فى المباشرة ويجب فى أحدهما نصف الدية لان كل ما وجب فى اثنين منه الدية وجب فى أحدهما نصفها كاليدين

﴿فصل﴾ قال الشافعى رحمه الله اذا وطئ امرأة فأفضاها وجبت عليه الدية واختلف أصحابنا فى الافضاء فقال بعضهم هو أن يزيل الحاجز الذى بين الفرج وثقبة البول وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمة الله عليه وقال بعضهم هو أن يزيل الحاجز الذى بين الفرج والدبر وهو قول أبى على ابن أبى هريرة وشيخنا القاضى أبى الطيب الطبرى لان الدية لا تجب الا باتلاف منفعة كاملة ولا يحصل ذلك الا بازالة الحاجز بين السبيلين فأما ازالة الحاجز بين الفرج وثقبة البول فلا تتلف بها المنفعة وانما تنقص بها المنفعة فلا يجوز أن يجب بها دية كاملة وان أفضاها واسترسل البول وجب مع دية الافضاء حكومة للنقص الحاصل باسترسال البول وان أفضاها والتأم الجرح وجبت الحكومة دون الدية وان أجاف جائفة والتأمت لم يسقط أرشها والفرق بينهما أن أرش الجائفة وجب باسمها فلم يسقط بالالتئام ودية الافضاء وجبت بازالة الحاجز وقد عاد الحاجز فلم تجب الدية

﴿فصل﴾ ولا يجب فى اتلاف الشعور غير الحكومة لانه اتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه غير الحكومة كاتلاف العين القائمة واليد الشلاء

﴿فصل﴾ ويجب فى تعويج الرقبة وتصعير الوجه الحكومة لانه اذهاب جمال من غير منفعة فوجبت فيه الحكومة فان كسر الترقوة أو كسر ضلعا فقد قال فى موضع آخر يجب فيه جمل وقال فى موضع تجب فيه الحكومة واختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق وأبو على ابن أبى هريرة تجب فيه الحكومة قولا واحدا والذى قال فيه جمل أراد على سبيل الحكومة لان تقدير الأرش لا يجوز الا بنص أو قياس على أصل وليس فى هذا نص ولا له أصل يقاس عليه وقال المزنى وغيره هو على قولين وهو الصحيح أحدهما أنه يجب فيه جمل لما روى أسلم مولى عمر عن عمر رضى الله عنه أنه قضى فى الترقوة بجمل وفى الضلع بجمل وقول الصحابى فى

(قوله وان كانتا ناهدين) أى مرتفعين . والنهود الارتفاع نهد ثدى الجارية اذا ارتفع والحلمتان بفتح اللام الواحدة حلمة بالفتح أيضا رأس الثدى كما ذكر (قوله اسكتى المرأة) بكسر الهمزة واسكان السين هما جانبا الفرج . والمأسوكة التى أخطأت خافضتها فأصابت غير موضع الخفض. الاسكتان ناحيتا الفرج . والشفران طرفا الناحيتين والذى يلى الشفر من الاشعر ان ذكره الأزهرى (قوله الافضاء) مأخوذ من الفضاء وهو المكان الواسع، ويكون الجماع كقوله تعالى وقد أفضى بعضكم الى بعض ويكون اللمس كقوله عليه السلام اذا أفضى أحدكم بيده الى ذكره فليتوضأ (قوله تصعير الوجه) الصعر الميل فى الخد خاصة وقد صعر خده أى أماله من الكبر قال الله تعالى ولا تصعر خدك للناس . والترقوتان العظمان الناتئان أعلى الصدر والجمع تراق قال الله تعالى كلا اذا بلغت التراقى . والضلع مثال العنب وتسكين اللام جائز وهى واحدة الاضلاع

قوله القديم حجة تقدم على القياس والقول الثاني وهو الصحيح أنه يجب فيه حكومة لانه كسر عظم في غير الرأس والوجه فلم يجب فيه أرش مقدر ككسر عظم الساق وماروى عن عمر يحتمل أنه قضى به على سبيل الحكومة ولان قول الصحابي ليس بحجة في قوله الجديد

﴿فصل﴾ وان لطم رجلا أو لكمه أو ضربه بمثقل فان لم يحصل به أثر لم يلزمه أرش لانه لم يحصل به نقص في جمال ولا منفعة فلم يلزمه أرش وان حصل بهشين بأن اسود أو اخضر وجبت فيه الحكومة لما حصل به من الشين فان قضى فيه بالحكومة ثم زال الشين سقطت الحكومة كما لو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض وان فزع انسان فأحدث في الثياب لم يلزمه ضمان مال لان المال انما يجب في الجناية اذا أحدثت نقصا في جمال أو منفعة ولم يوجد شيء من ذلك

﴿فصل﴾ اذا جنى على حر جناية ليس فيها أرش مقدر نظرت فان كان حصل بها نقص في منفعة أو جمال وجبت فيها حكومة وهو أن يقوم المجنى عليه قبل الجناية ثم يقوم بعد اندمال الجناية فان نقص العشر من قيمته وجب العشر من ديته وان نقص الخمس من قيمته وجب الخمس من ديته لانه ليس في أرشه نص فوجب التقدير بالاجتهاد ولا طريق الى معرفة قدر النقصان من جهة الاجتهاد الا بالتقويم وهذا كما قلنا في المحرم اذا قتل صيدا وليس في جزائه نص أنه يرجع الى ذوى عدل في معرفة مثله ان كان له مثل من النعم أو الى قيمته اذا لم يكن له مثل ويجب القدر الذى نقص من قيمته من الدية لان النفس مضمونة بالدية فوجب القدر الناقص منها كما يقوم المبيع عند الرجوع بأرش العيب ثم يؤخذ القدر الناقص من الثمن حيث كان المبيع مضمونا بالثمن وقال أصحابنا يعتبر نقص الجناية من دية العضو المجنى عليه لا من دية النفس فان كان الذى نقص هو العشر والجناية على اليد وجب عشر دية اليد وان كانت على أصبع وجب عشر دية الاصبع وان كانت على الرأس فيما دون الموضحة وجب عشر أرش الموضحة وان كانت على الجسد فيما دون الجائفة وجب عشر أرش الجائفة لانا لو اعتبرناه من دية النفس لم نأمن أن تزيد الحكومة في عضو على دية العضو والمذهب الاول وعليه التفريع لانه لما وجب تقويم النفس وجب أن يعتبر النقص من دية النفس ولان اعتبار النقص من دية العضو يؤدى الى أن يتقارب الجنايتان ويتباعد الأرشان بأن تكون الحكومة في السمحاق فنوجب فيه عشر أرش الموضحة فيتباعد ما بينها وبين أرش الموضحة مع قربها منها فان كانت الجناية على أصبع فبلغت الحكومة فيها أرش الاصبع أو على الرأس فبلغت الحكومة فيها أرش الموضحة نقص الحاكم من أرش الاصبع ومن أرش الموضحة شيئا على قدر ما يؤدى اليه الاجتهاد لانه لا يجوز أن يكون فيما دون الاصبع الموضحة ما يجب فيها وان كانت الجناية في الكف فبلغت الحكومة أرش الاصابع نقص شيئا من أرش الاصابع لان الكف تابع للأصابع في الجمال والمنفعة فلا يجوز أن يجب فيه ما يجب في الاصابع

﴿فصل﴾ وان لم يحصل بالجناية نقص في جمال ولا منفعة بأن قطع أصبعا زائدة أو قلع سنا زائدة أو أتلف لحية امرأة واندمل الموضع من غير نقص ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس ابن سريج أنه لا شيء عليه لأنه جناية لم يحصل بها نقص فلم يجب بها أرش كما لو لطم وجهه فلم يؤثر والثاني وهو قول أبى اسحق أنه يجب فيه الحكومة لأنه اتلاف جزء من مضمون فلا يجوز أن يعرا من أرش فعلى هذا ان كان قد قطع أصبعا زائدة قوم المجنى عليه قبل الجناية ثم يقوم في أقرب أحواله الى الاندمال ثم يجب ما بينهما من الدية لأنه لما سقط اعتبار قيمته بعد الاندمال قوم في أقرب الاحوال اليه وهذا كما قلنا في ولد المغرور بها لما تعذر تقويمه حال العلوق قوم في أقرب حال يمكن فيه التقويم بعد العلوق وهو عند الوضع فان قوم ولم ينقص قوم قبيل الجناية ثم يقوم والدم جار لأنه لا بد أن تنقص قيمته لما يخاف عليه فيجب بقدر ما بينهما من الدية وان قلع سنا زائدة ولم تنقص قيمته قوم وليس له خلف الزائدة سن أصلية ثم يقوم وليس له سن أصلية ولا زائدة ويجب بقدر ما بينهما من الدية وان أتلف لحية امرأة قوم لو كان رجلا وله لحية ثم يقوم ولا لحية له ويجب بقدر ما بينهما من الدية

﴿فصل﴾ وان جنى على رجل جناية لها أرش مقدر ثم قتله قبل الاندمال دخل أرش الجناية في دية النفس وقال أبو سعيد الاصطخرى لا يدخل لأن الجناية انقطعت سرايتها بالقتل فلم يسقط ضمانها كما لو اندملت ثم قتله والمذهب الاول لأنه مات بفعله قبل استقرار الأرش فدخل في ديته كما لو مات من سراية الجناية ويخالف اذا اندملت فان هناك استقر الأرش فلم تسقط

﴿ فصل ﴾ و يجب فى قتل العبد قيمته بالغمابلغت لأنه مال مضمون بالاتلاف لحق الآدمى بغير جنسه فضمنه بقيمته بالغمابلغت كسائر الأموال وماضمن ممادون النفس من الجزء بالدية كالأنف واللسان والذكر والانثيين والعينين واليدين والرجلين ضمن من العبد بقيمته وماضمن من الحر بجزء من الدية كاليد والاصبع والانملة والموضحة والجائفةضمن من العبد بمثله من القيمة لأنهمامتساويان فى ضمان الجناية بالقصاص والكفارة فتساويا فى اعتبار مادون النفس ببدل النفس كالرجل والمرأة والمسلم والكافر

﴿فصل ﴾ وان قطع يد عبد ثم أعتق ثم مات من سراية القطع وجبت عليه دية حر لأن الجناية استقرت فى حال الحرية و يجب للسيد من ذلك أقل الأمرين من أرش الجناية وهو نصف القيمة أوكمال الدية فان كان نصف القيمة أقل لم يستحق أكثر منه لانه هو الذى وجب فى ملكه والزيادة حصلت فى حال لاحق له فيها وان كانت الدية أقل لم يستحق أكثر منها لأن مانقص من نصف القيمة بسبب من جهته وهو العتق

﴿ فصل ﴾ وان فقأ عينى عبد أو قطع يديه وقيمته ألفا دينار ثم أعتق ومات بعد اندمال الجناية وجب على الجانى أرش الجناية وهو قيمة العبد سواء كان الاندمال قبل العتق أو بعده لأن الجرح اذا اندمل استقر حكمه و يكون ذلك لمولاه لأنه أرش جناية كانت فى ملكه وان لم يندمل وسرى الى نفسه وجب على الجانى دية حر وقال المزنى يجب الأرش وهو ألفا دينار لأن السيد ملك هذا القدر بالجناية فلا ينقص وهذا خطأ لأن الاعتبار فى الأرش بحال الاستقرار ولهذا لو قطع يدى رجل ورجليه وجب عليه ديتان فاذا سرت الجناية الى النفس وجب دية اعتبارا بحال الاستقرار وفى حال الاستقرار هو حر فوجبت فيه الدية ودليل قول المزنى يبطل بمن قطع يدى رجل ورجليه ثم مات فانه وجبت ديتان ثم نقصت بالموت

﴿ فصل ﴾ وان قطع حر يد عبد فأعتق ثم قطع حر آخر يده الأخرى ومات لم يجب على الأول قصاص لعدم التكافؤ فى حال الجناية وعليه نصف الدية لان المجنى عليه حر فى وقت استقرار الجناية وأما الثانى ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى الطيب ابن سلمة أنه يجب عليه القصاص فى الطرف ولا يجب فى النفس لأن الروح خرجت من سراية قطعين وأحدهما يوجب القود والآخر لا يوجب فسقط كحرين قتلا من نصفه حر ونصفه عبد والثانى وهو المذهب انه يجب عليه القصاص فى الطرف والنفس لأنهما متكافئان فى حال الجناية وقد خرجت الروح عن عمد محض مضمون وانما سقط القود عن أحدهما لمعنى فى نفسه فلم يسقط عن الآخر كما لو اشترك حر وعبد فى قتل عبد و يخالف الحرين اذا قتلا من نصفه حر ونصفه عبد لأن كل واحد منهما غير مكافىء له حال الجناية فان عفى على مال كان عليه نصف الدية لانهما شريكان فى القتل وللمولى الاقل من نصف قيمته يوم الجناية الأولى أو نصف الدية فان كان نصف القيمة أقل أومثله كان له ذلك وان كان أكثر فله نصف الدية لأن الحرية نقصت مازاد عليه والفرق بينه و بين المسئلة قبلها أن الجناية هناك من واحد وجميع الدية عليه فقوبل بين أرش الجناية و بين الدية والجناية ههنا من اثنين والدية عليهما والثانى جنى عليه فى حال الحرية فقوبل بين أرش الجناية و بين النصف المأخوذ من الجانى على ملكه وكان الفاضل لورثته

﴿فصل﴾ وان قطع حر يد عبد ثم أعتق ثم قطع يده الاخرى نظرت فان اندمل الجرحان لم يجب فى اليد الأولى قصاص لأنه جنى عليه وهو غير مكافىء له و يجب فيها نصف ديته و يكون للمولى و يجب فى اليد الاخرى القصاص لأنه قطعها وهو مكافىء له وان عفى على المال وجب عليه نصف الدية وان مات من الجراحتين قبل الاندمال وجب القصاص فى اليد الاخرى التى قطعت بعد عتقه ولم يجب القصاص فى النفس لأنه مات من جنايتين احداهما توجب القصاص والاخرى لا توجب فان اقتص منه فى اليد وجب عليه نصف الدية لأنه مات بجنايته وقد استوفى منه مايقابل نصف الدية و يكون للمولى أقل الأمرين من نصف القيمة وقت الجناية أو نصف الدية وان عفى عن القصاص على مال وجب كمال الدية و يكون للمولى أقل الأمرين من نصف القيمة وقت الجناية أو نصف الدية ولورثته الباقى لان الجناية الثانية فى حال الحرية

﴿ فصل ﴾ وان قطع حر يد عبد فأعتق ثم قطع آخر يده الاخرى ثم قطع ثالث رجله ومات لم يجب على الأول القصاص فى النفس ولا فى الطرف لعدم التكافؤ و يجب عليه ثلث الدية و يجب على الآخرين القصاص فى الطرف وفى النفس على المذهب

فان عفى عنهما كان عليهما ثلثا الدية وفيما يستحق المولى قولان أحدهما أقل الأمرين من أرش الجناية أو ما يجب على هذا الجانى فى ملكه وهو ثلث الدية لان الواجب بالجناية هو الارش فاذا أعتق انقلب وصار ثلث الدية فيجب أن يكون له أقل الأمرين فان كان الارش أقل لم يكن له أكثر منه لانه هو الذى وجب بالجناية فى ملكه وما زاد بالسراية فى حال الحرية لاحق له فيه وان كان ثلث الدية أقل لم يكن له أكثر منه لأنه هو الذى يجب على الجانى فى ملكه ونقص الارش بسبب من جهته وهو العتق فلم يستحق أكثر منه والقول الثانى يجب له أقل الأمرين من ثلث الدية أو ثلث القيمة لان الجانى على ملكه هو الأول والآخران لاحق له فى جنايتهما فيجب أن يكون له أقل الامرين من ثلث الدية أو ثلث القيمة فان كان ثلث القيمة أقل لم يكن له أكثر منه لأنه لما كان عبدا كان له هذا القدر وما زاد وجب فى حال الحرية فلم يكن له فيها حق وان كان ثلث الدية أقل لم يكن له أكثر منه لأن ثلث القيمة نقص وعاد الى ثلث الدية بفعله فلم يستحق أكثر منه

﴿ فصل ﴾ اذا ضرب بطن مملوكة حامل بمملوك فألقت جنينا ميتا وجب فيه عشر قيمة الام لأنه جنين آدمية سقط ميتا بجنايته فضمن بعشر بدل الام كجنين الحرة واختلف أصحابنا فى الوقت الذى يعتبر فيه قيمة الام فقال المزنى وأبو سعيد الاصطخرى تعتبر قيمتها يوم الاسقاط لانه حال استقرار الجناية والاعتبار فى قدر الضمان بحال استقرار الجناية والدليل عليه أنه لو قطع يد نصرانى ثم أسلم ومات وجب فيه دية مسلم وقال أبو اسحاق تعتبر قيمتها يوم الجناية وهو المنصوص لأن المجنى عليه لم يتغير حاله فكان أولى الاحوال باعتبار قيمتها يوم الجناية لأنه حال الوجوب ولهذا لو قطع يد عبد ومات على الرق وجبت قيمته يوم الجناية لأنه حال الوجوب وان ضرب بطن أمة ثم أعتقت وألقت جنينا ميتا وجب فيه دية جنين حر لان الضمان يعتبر بحال استقرار الجناية والجنين حر عند استقرار الجناية فضمن بالدية

﴿ باب العاقلة وما تحمله من الديات ﴾

اذا قتل الحر حرا عمد خطأ أو له عاقلة وجب جميع الدية على عاقلته لما روى المغيرة بن شعبة قال ضربت امرأة ضرة لها بعمود فسطاط فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بديتها على عصبة القاتلة وان قتله خطأ وجبت الدية على عاقلته لأنه اذا تحمل عن القاتل فى عمد الخطأ تخفيفا عنه مع قصده الى الجناية فلأن يحمل عن قاتل الخطأ ولم يقصد الجناية أولى ولأن الخطأ وعمد الخطأ يكثر فلو أوجبنا ديتهما فى مال الجانى أجحفنا به وان قطع أطرافه خطأ أو عمد خطأ ففيه قولان قال فى القديم لا تحمل العاقلة ديتهما لأنه لا يضمن بالكفارة ولا تثبت فيه القسامة فلم تحمل العاقلة بدله كالمال وقال فى الجديد تحمل العاقلة ديتها لأن ما ضمن بالقصاص والدية وخففت الدية فيه بالخطأ حملت العاقلة بدله كالنفس فعلى هذا تحمل ما قل منه وكثر كما تحمل ما قل وكثر من دية النفس وان قتل عمدا أو جنى على طرفه عمدا لم تحمل العاقلة ديته لأن الخبر ورد فى الحمل عن القاتل فى عمد الخطأ تخفيفا عنه لأنه لم يقصد القتل والعامد قصد القتل فلم يلحق بمن فى التخفيف وان وجب له القصاص فى الطرف فاقتص بحديدة مسمومة فمات فعليه نصف الدية وهل تحمل العاقلة ذلك أم لا فيه وجهان أحدهما تحمله لأنا حكمنا بأنه ليس بعمد محض والثانى لا تحمله لانه قصد القتل بغير حق فلم تحمل العاقلة عنه وان وكل من يقتص له فى النفس ثم عفا وقتل الوكيل ولم يعلم بالعفو وقلنا ان العفو يصح و وجبت الدية على الوكيل فهل تحملها العاقلة فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق انه لا تحملها العاقلة وهو الصحيح لانه تعمد القتل فلم تحمل العاقلة عنه كما لو قتله بعد العلم بالعفو والثانى وهو قول أبى على ابن أبى هريرة أنه تحملها العاقلة لانه لم يقصد الجناية

﴿ فصل ﴾ وان قتل عبدا خطأ أو عمد خطأ ففى قيمته قولان أحدهما أنها تحملها العاقلة لانه يجب القصاص والكفارة بقتله

﴿ ومن باب العاقلة وما تحمله من الديات ﴾

والعاقلة مأخوذة من العقل وهو الدية. وسميت الدية عقلا لان الابل كانت تعقل بفناء ولى المقتول. يقال عقلت المقتول اذا أديت ديته ومنه سمى العقل عقلا لانه يمنع من الخطأ كما يمنع العقال الدابة من الذهاب. وأجحف به أذهب جميع ماله وقد ذكر (قوله بعمود فسطاط) العمود الخشبة التى ينصب بها بيت الشعر يجعل فى وسطه حتى يرتفع. والفسطاط بيت الشعر وفيه ثلاث لغات فسطاط وفستاط وفساط

حملت العاقلة بدله كالحر والثانى أنه لا تحملها العاقلة لانه مال فلم تحمل العاقلة بدله كسائر الأموال

﴿ فصل ﴾ ومن قتل نفسه خطأ لم تجب الدية بقتله ولا تحمل العاقلة ديته لما روى أن عوف بن مالك الاشجعي ضرب مشركا بالسيف فرجع السيف عليه فقتله فامتنع أصحاب رسول الله ﷺ من الصلاة عليه وقالوا قد أبطل جهاده فقال رسول الله ﷺ بل مات مجاهدا ولو وجبت الدية على عاقلته لبين رسول الله ﷺ ذلك

﴿ فصل ﴾ وما يجب بخطأ الامام من الدية بالقتل ففيه قولان أحدهما يجب على عاقلته لما روى أن عمر رضى الله عنه قال لعلى رضى الله عنه فى جنين المرأة التى بعث اليها عزمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك والثانى يجب فى بيت المال لان الخطأ يكثر منه فى أحكامه واجتهاده فلو أوجبنا ما يجب بخطئه على عاقلته أجحفنا بهم فاذا قلنا انه يجب على عاقلته وجبت الكفارة فى ماله كغير الامام واذا قلنا انها تجب فى بيت المال ففى الكفارة وجهان أحدهما أنها تجب فى ماله لانها لا تتحمل والثانى أنها تجب فى بيت المال لانه يكثر خطؤه فلو أوجبنا فى ماله أجحف به

﴿ فصل ﴾ وما يجب بجناية العمد يجب حالا لانه بدل متلف لا تتحمله العاقلة بحال فوجب حالا كغرامة المتلفات وما يجب بجناية الخطأ وشبه العمد من الدية يجب مؤجلا فان كانت دية كاملة وجبت فى ثلاث سنين لانه روى ذلك عن عمر وابن عباس رضى الله عنهما ويجب فى كل سنة ثلثها فان كان دية نفس كان ابتداء الاجل من وقت القتل لانه حق مؤجل فاعتبر الاجل من حين وجود السبب كالدين المؤجل وان كان دية طرف فان لم تسر اعتبرت المدة من وقت الجناية لانه وقت الوجوب وان سرت الى عضو آخر اعتبرت المدة من وقت الاندمال لان الجناية لم تقف فاعتبرت المدة من وقت الاستقرار وان كان الواجب أقل من دية نظرت فان كان ثلث الدية أو دونه لم تجب الا فى سنة لانه لا يجب على العاقلة شىء فى أقل من سنة فان كان أكثر من الثلث ولم يزد على الثلثين وجب فى السنة الاولى الثلث ووجب الباقى فى السنة الثانية وان كان أكثر من الثلثين ولم يزد على دية وجب فى السنة الاولى الثلث وفى الثانية الثلث وفى الثالثة الباقى وان وجب بجنايته ديتان فان كانتا لاثنين بأن قتل اثنين وجب فى كل سنة لكل واحد منهما ثلث الدية لانهما يجبان لمستحقين فلا ينقص حق كل واحد منهما فى كل سنة من الثلث فان كانتا لواحد بأن قطع اليدين والرجلين من رجل وجب الكل فى ست سنين فى كل سنة ثلث دية لانها جناية على واحد فلا يجب له على العاقلة فى كل سنة أكثر من ثلث دية وان وجب بجناية الخطأ أو عمد الخطأ دية ناقصة كدية الجنين والمرأة ودية أهل الذمة ففيه وجهان أحدهما أنه يجب فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلثها لانها دية نفس فوجب فى كل سنة ثلثها كالدية الكاملة والثانى أنه كأرش الطرف اذا نقص عن الدية لانه دون الدية الكاملة فعلى هذا ان كان ثلث دية وهو كدية اليهودى والنصرانى أو أقل من الثلث وهو دية المجوسى ودية الجنين وجب الكل فى سنة واحدة وان كان أكثر من الثلث وهو دية المرأة وجب فى السنة الاولى ثلث دية كاملة ويجب ما زاد فى السنة الثانية كما قلنا فى الطرف وان كان قيمة عبد وقلنا انها على العاقلة ففيه وجهان أحدهما أنها تقسم فى ثلاث سنين وان زادت حصة كل سنة على ثلث الدية لانها دية نفس والثانى تؤدى فى كل سنة ثلث دية الحر

﴿ فصل ﴾ والعاقلة هم العصبات الذين يرثون بالنسب أو الولاء غير الاب والجد والابن وابن الابن والدليل عليه ما روى المغيرة ابن شعبة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قضى فى المرأة بديتها على عصبة العاقلة وأما الاب والجد والابن وابن الابن فلا يعقلون لما روى جابر رضى الله عنه أن امرأتين من هذيل قتلت احداهما الاخرى ولكل واحدة منهما زوج وولد فجعل النبى ﷺ دية المقتولة على عاقلة القاتلة وبرأ زوجها وولدها واذا ثبت هذا فى الولد ثبت فى الاب لتساويهما فى العصبة ولان الدية جعلت على العاقلة ابقاء على القاتل حتى لا يكثر عليه فيجحف به فلو جعلناه على الاب والابن أجحفنا بهم لان مالهما كماله ولهذا لا تقبل شهادتهما كما لا تقبل لنفسه ويستغنى عن المسئلة بمالهما كما يستغنى بمال نفسه وان كان فى بنى عمها ابن لها لم يحمل معهم لما ذكرناه وان لم يكن له عصبة نظرت فان كان مسلما حملت عنه من بيت المال لان مال بيت المال للمسلمين وهم يرثونه كما ترث العصبات وان كان ذميا لم يحمل عنه فى بيت المال لان مال بيت المال للمسلمين وهم لا يرثونه وانما ينقل ماله الى بيت المال فيأ واختلف قوله فى المولى من أسفل فقال فى أحد القولين لا يعقل عنه وهو الصحيح لانه لا يرثه فلم يعقله وقال فى الآخر يعقله لانه يعقله المولى فعقل عنه المولى كالاخوين فعلى هذا يقدم على بيت المال لانه من خواص العاقلة فقدم على بيت المال كالمولى من أعلى وان لم

لم يكن له عاقلة ولا بيت مال فهل يجب على القاتل فيه وجهان بناء على أن الدية هل تجب على القاتل ثم تتحمل عنه العاقلة أو تجب على العاقلة ابتداء وفيه قولان أحدهما تجب على القاتل ثم تنتقل الى العاقلة لانه هو الجانى فوجبت الدية عليه فعلى هذا تجب الدية فى ماله والقول الثانى تجب على العاقلة ابتداء لانه لا يطالب غيرهم فعلى هذا لا تجب عليه وقال أبو على الطبرى اذا قلنا انها تجب على القاتل عند عدم بيت المال حمل الاب والابن و يبدأ بهما قبل القاتل لانا لم نحمل عليهما ابقاء على القاتل واذا حمل على القاتل كانا بالحمل أولى قال الشيخ الامام حرس الله مدته و يحتمل عندى أنه لا يجب عليهما لانا انما أوجبنا على القاتل على هذا القول لانه وجب عليه فى الاصل فاذا لم يجد من يتحمل بقى الوجوب فى محله والاب والابن لم يجب عليهما فى الاصل ولا جلا مع العاقلة فلم يجب الحمل عليهما

﴿ فصل ﴾ ولا يعقل مسلم عن كافر ولا كافر عن مسلم ولا ذمى عن حربى ولا حربى عن ذمى لانه لا يرث بعضهم من بعض فان رمى نصرانى سهما الى صيد ثم أسلم ثم أصاب السهم انسانا وقتله وجبت الدية فى ماله لانه لا يمكن ايجابها على عاقلته من النصارى لانه وجد القتل وهو مسلم ولا يمكن ايجابها على عاقلته من المسلمين لانه رمى وهو نصرانى فان قطع نصرانى يد رجل ثم أسلم ومات المقطوع عقلت عنه عصباته من النصارى دون المسلمين لان الجناية وجدت منه وهو نصرانى ولهذا يجب بها القصاص ولا تسقط عنه بالاسلام وان رمى مسلم سهما الى صيد ثم ارتد ثم أصاب السهم انسانا فقتله وجبت الدية فى ذمته لانه لا يمكن ايجابها على عاقلته من المسلمين لانه وجد القتل وهو مرتد ولا يمكن ايجابها على الكفار لانه ليس له منهم عاقلة يرثونه فوجبت فى ذمته وان جرح مسلم انسانا ثم ارتد الجارح و بقى فى الردة زمانا يسرى فى مثله الجرح ثم أسلم ومات المجروح وجبت الدية وعلى من تجب فيه قولان أحدهما تجب على عاقلته لان الجناية فى حال الاسلام وخروج الروح فى حال الاسلام والعاقلة تحمل ما يجب بالجنايتين فى حال الاسلام فوجبت ديته عليها والقول الثانى أنه يجب على العاقلة نصف الدية و يجب فى مال الجانى النصف لانه وجد سراية فى حال الاسلام وسراية فى حال الردة فحملت ما سرى فى حال الاسلام ولم تحمل ما سرى فى الردة

﴿ فصل ﴾ ولا يعقل صبى ولا معتوه ولا امرأة لان حمل الدية على سبيل النصرة بدلا عما كان فى الجاهلية من النصرة بالسيف ولا نصرة فى الصبى والمعتوه والمرأة و يعقل المريض والشيخ الكبير اذا لم يبلغ المريض حد الزمانة والشيخ حد الهرم لانهما من أهل النصرة بالتدبير وقد قاتل عمار فى محفة وأما اذا بلغ الشيخ حد الهرم والمريض حد الزمانة ففيه وجهان بناء على القولين فى قتلهما فى الاسر فان قلنا انهما يقتلان فى الاسر عقلا وان قلنا لا يقتلان فى الاسر لم يعقلا

﴿ فصل ﴾ ولا يعقل فقير لان حمل الدية على العاقلة مواساة والفقير ليس من أهل المواساة ولهذا لا تجب عليه الزكاة ولا نفقة الاقارب ولان العاقلة تتحمل لدفع الضرر عن القاتل والضرر لا يزال بالضرر و يجب على المتوسط ربع دينار لان المواساة لا تحصل بأقل قليل ولا يمكن ايجاب الكثير لان فيه اضرارا بالعاقلة فقدر أقل ما يؤخذ بربع دينار لأنه ليس فى حد التافه والدليل عليه أنه تقطع فيه يد السارق وقد قالت عائشة رضى الله عنها يد السارق لم تكن تقطع فى عهد رسول الله ﷺ فى الشىء التافه و يجب على الغنى نصف دينار لأنه لا يجوز أن يكون ما يؤخذ من الغنى والمتوسط واحدا فقدر بنصف دينار لأنه أقل قدر يؤخذ من الغنى فى الزكاة التى قصد بها المواساة فيقدر ما يؤخذ من الغنى فى الدية بذلك لأنه فى معناه و يجب هذا القدر فى كل سنة لأنه حق يتعلق بالحال على سبيل المواساة فتكرر بتكرر الحول كالزكاة ومن أصحابنا من قال يجب ذلك القدر فى الثلاث سنين لأنا لو أوجبنا هذا القدر فى كل سنة أجحف به و يعتبر حاله فى الفقر والغنى والتوسط عند حلول النجم لأنه حق مال يتعلق بالحول على سبيل المواساة فاعتبر فيه حاله عند حلول الحول كالزكاة فان مات قبل حلول الحول لم تجب كما لا تجب الزكاة اذا مات قبل الحول وان مات بعد الحول لم يسقط ما وجب كما لا يسقط ما وجب من الزكاة قبل الموت

﴿ فصل ﴾ واذا أراد الحاكم قسمة الدية على العاقلة قدم الأقرب فالأقرب من العصبات على ترتيبهم فى الميراث لأنه حق يتعلق بالتعصيب فقدم فيه الاقرب فالاقرب كالميراث وان كان فيهم من يدلى بالأبوين وفيهم من يدلى بالأب ففيه قولان أحدهما أنهما

(قوله قاتل عمار فى محفة) المحفة مركب من مراكب النساء كالهودج الا أنها لا تقبب كما يقبب الهودج ومعنى يقبب يجعل عليه قبة. والشىء التافه اليسير الحقير وقد تفه يتفه

سواء لتساويهما فى قرابة الأب لان الأم لامدخل لها فى النصرة وحمل الدية فلا يقدم بها والثانى يقدم من يدلى بالأبوين على من يدلى بالأب لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم من يدلى بالأبوين على من يدلى بالأب كالميراث فان أمكن أن يقسم ما يجب على الأقربين منهم لم يحمل على من بعدهم وان لم يمكن أن يقسم على الأقربين لقلة عددهم قسم ما فضل على من بعدهم على الترتيب فان كان القاتل من بنى هاشم قسم عليهم فان عجزوا دخل معهم بنو عبد مناف فان عجزوا دخل معهم بنو قصى ثم كذلك حتى تستوعب قريش ولا يدخل معهم غير قريش لأن غيرهم لا ينسب اليهم وان غاب الأقربون فى النسب وحضر الأبعدون ففيه قولان أحدهما يقدم الأقربون فى النسب لانه حق يستحق بالتعصيب فقدم فيه الاقربون فى النسب كالميراث والثانى يقدم الاقربون فى الحضور على الاقربين فى النسب لان تحمل العاقلة على سبيل النصرة والحاضرون أحق بالنصرة من الغيب فعلى هذا ان كان القاتل بمكة و بعض العاقلة بالمدينة و بعضهم بالشام قدم من بالمدينة على من بالشام لانهم أقرب الى القاتل وان استوت جماعة فى النسب و بعضهم حضور و بعضهم غيب ففيه قولان أحدهما يقدم الحضور لانهم أقرب الى النصرة والثانى يسوى بين الجميع كما يسوى فى الميراث وان كثرت العاقلة وقل المال المستحق بالجناية بحيث اذا قسم عليهم خص المتوسط دون ربع دينار والغنى دون نصف دينار ففيه قولان أحدهما ان الحاكم يقسمه على من يرى منهم لان فى تقسيط القليل على الجميع مشقة والثانى وهو الصحيح أنه يقسم على الجميع لانه حق يستحق بالتعصيب فقسم قليله وكثيره بين الجميع كالميراث

﴿ فصل ﴾ وان جنى عبد على حر أو عبد جناية توجب المال تعلق المال برقبته لانه لا يجوز ايجابه على المولى لانه لم يوجد منه جناية ولا يجوز تأخيره الى أن يعتق لانه يؤدى الى اهدار الدماء فتعلق برقبته والمولى بالخيار بين أن يبيعه و يقضى حق الجناية من ثمنه و بين أن يفديه ولا يجب عليه تسليم العبد الى المجنى عليه لانه ليس من جنس حقه وان اختار بيعه فباعه فان كان الثمن بقدر مال الجناية صرفه فيه وان كان أكثر قضى ما عليه والباقى للمولى وان كان أقل لم يلزم المولى ما بقى لان حق المجنى عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة فان اختار أن يفديه ففيه قولان أحدهما يلزمه أن يفديه بأقل الامرين من أرش الجناية أو قيمة العبد لانه لا يلزمه ما زاد على واحد منهما والقول الثانى يلزمه أرش الجناية بالغا ما بلغ أو يسلمه للبيع لانه قد يرغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من قيمته فاذا امتنع من البيع لزمه الارش بالغا ما بلغ وان قتل عشرة أعبد لرجل عبدا لآخر عمدا فاقتص مولى المقتول من خمسة وعفا عن خمسة على المال تعلق برقبتهم نصف القيمة فى رقبة كل واحد منهم عشرها لانه قتل خمسة بنصف عبده وعفا عن خمسة على المال وبقى له النصف

﴿ باب اختلاف الجانى وولى الدم ﴾

اذا قتل رجلا ثم ادعى ان المقتول كان عبدا وقال الولى بل كان حرا فالمنصوص ان القول قول الولى مع يمينه وقال فيمن قذف امرأة ثم ادعى انها أمة ان القول قول القاذف فمن أصحابنا من نقل جوابه فى كل واحدة من المسئلتين الى الأخرى وجعلهما على قولين أحدهما ان القول قول الجانى والقاذف لان ما يدعيان محتمل لان الدار تجمع الاحرار والعبيد والاصل فيه حمى الظهر وحقن الدم والثانى ان القول قول ولى المجنى عليه والمقذوف لان الظاهر من الدار الحرية ولهذا لو وجد فى الدار لقيط حكم بحريته ومن أصحابنا من قال القول فى الجناية قول الولى والقول فى القذف قول القاذف والفرق بينهما انا اذا جعلنا القول قول القاذف أسقطنا حد القذف وأوجبنا التعزير فيحصل به الردع واذا جعلنا القول قول الجانى سقط القصاص ولم يبق ما يقع به الردع

﴿ فصل ﴾ اذا وجب له القصاص فى موضحة فاقتص فى أكثر من حقه أو وجب له القصاص فى اصبع فاقتص فى اصبعين وادعى أنه أخطأ فى ذلك وادعى المستقاد منه أنه تعمد فالقول قول المقتص مع يمينه لانه أعرف بفعله وقصده وما يدعيه يجوز الخطأ فى مثله فقبل قوله فيه وان قال المقتص منه ان هذه الزيادة حصلت باضطرابه وأنكره المستقاد منه ففيه وجهان أحدهما ان القول قول المقتص لان ما يدعيه كل واحد منهما محتمل والأصل براءة الذمة والثانى ان القول قول المستقاد منه لان الاصل عدم الاضطراب

﴿ فصل ﴾ اذا اشترك ثلاثة فى جرح رجل ومات المجروح ثم ادعى أحدهم ان جراحته اندملت وأنكر الآخران

وصدق الولي المدعي نظرت فان أراد القصاص قبل تصديقه ولم يجب على المدعى الاضمان الجراحة لانه لاضرر على الآخرين لان القصاص يجب عليهما في الحالين وان أراد أن يأخذ الدية لم يقبل تصديقه لانه يدخل الضرر على الآخرين لانه اذا حصل القتل من الثلاثة وجب على كل واحد منهم ثلث الدية واذا حصل من جراحهما وجب على كل واحد منهما نصف الدية والأصل براءة ذمتهما مما زاد على الثلث

﴿فصل﴾ اذا قد رجلا ملفوفا في كساء ثم ادعى أنه قده وهو ميت وقال الولي بل كان حيا ففيه قولان أحدهما أن القول قول الجاني لان ما يدعيه محتمل والأصل براءة ذمته والثاني أن القول قول الولي لان الأصل حياته وكونه مضمونا فصار كما لو قتل مسلما وادعى أنه كان مرتدا

﴿فصل﴾ وان جنى على عضو ثم اختلفا في سلامته فادعى الجاني أنه جنى عليه وهو أشل وادعى المجني عليه أنه جنى عليه وهو سليم فقد اختلف أصحابنا فيه فنهم من قال فيه قولان أحدهما ان القول قول الجاني لان ما يدعيه كل واحد منهما محتمل والاصل براءة ذمته والثاني أن القول قول المجني عليه لان الاصل سلامة العضو ومنهم من قال القول في الأعضاء الظاهرة قول الجاني وفي الأعضاء الباطنة القول قول المجني عليه لانه لا يتعذر عليه اقامة البينة على السلامة في الاعضاء الظاهرة فكان القول قول الجاني ويتعذر عليه اقامة البينة في الاعضاء الباطنة والاصل السلامة فكان القول قول المجني عليه ولهذا لو علق طلاق امرأته على ولادتها فقالت ولدت لم يقبل قولها لانه يمكن اقامة البينة على الولادة ولو علق طلاقها على حيضها فقالت حضت قبل قولها لانه يتعذر اقامة البينة على حيضها فان اتفقا على سلامة العضو الظاهر وادعى الجاني أنه طرأ عليه الشلل وأنكر المجني عليه ففيه قولان أحدهما أن القول قول الجاني لانه لا يتعذر اقامة البينة على سلامته والثاني أن القول قول المجني عليه لانه قد ثبتت سلامته فلا يزال عنه حتى يثبت الشلل

﴿فصل﴾ اذا أوضح رأس رجل موضحتين بينهما حاجز ثم زال الحاجز فقال الجاني تآكل ما بينهما بسراية فعلي فلا يلزمني الا أرش موضحة وقال المجني عليه أنا خرقت ما بينهما فعليك أرش موضحتين فالقول قول المجني عليه لان ما يدعيه كل واحد منهما محتمل والاصل بقاء الموضحتين ووجوب الأرشين وان أوضح رأسه فقال الجاني أوضحته موضحة واحدة وقال المجني عليه أوضحتني موضحتين وأنا خرقت ما بينهما فالقول قول الجاني لان ما يدعيه كل واحد منهما محتمل والاصل براءة الذمة

﴿فصل﴾ وان قطع رجل يدي رجل ورجليه ومات واختلف الجاني والولي فقال الجاني مات من سراية الجنايتين فعلي دية واحدة وقال الولي بل اندملت الجنايتان ثم مات فعليك ديتان فان كان قد مضى زمان يمكن فيه اندمال الجراحتين فالقول قول الولي لان الاصل وجوب الديتين وان لم يمض زمان يمكن فيه الاندمال فالقول قول الجاني لان ما يدعيه الولي غير محتمل وان اختلفا في المدة فقال الولي مضت مدة يمكن فيها الاندمال وقال الجاني لم يمض فالقول قول الجاني لان الاصل عدم المدة

﴿فصل﴾ وان قطع يد رجل ومات فقال الولي مات من سراية قطعك فعليك الدية وقال الجاني اندملت جنايتي ومات بسبب آخر فعلي نصف الدية نظرت فان لم تمض مدة يمكن فيها الاندمال فالقول قول الولي لان الظاهر أنه مات من سراية الجناية ويحلف على ذلك لجواز أن يكون قتله آخر أو شرب سما فمات منه وان مضت مدة يمكن فيها الاندمال ثم مات فان كان مع الولي بينة انه لم يزل متألما ضمنا الى أن مات فالقول قوله مع يمينه لان الظاهر أنه مات من الجناية وان لم يكن معه بينة على ذلك فالقول قول الجاني لان ما يدعيه كل واحد منهما ممكن والأصل براءة ذمة الجاني مما زاد على نصف الدية

﴿فصل﴾ وان قطع يد رجل ومات ثم اختلف الولي والجاني فقال الجاني شرب سما أو جنى عليه آخر بعد جنايتي فلا يجب على الا نصف الدية وقال الولي مات من سراية جنايتك فعليك الدية فليس فيها نص ويحتمل أن يكون القول قول الولي لان الأصل حصول جنايته وعدم غيرها ويحتمل أن يكون القول قول الجاني لانه يحتمل ما يدعيه والاصل براءة ذمته

﴿فصل﴾ وان جنى عليه جناية ذهب بها ضوء العين وقال أهل الخبرة يرجى عود البصر فمات واختلف الولي والجاني فقال الجاني

عاد الضوء ثم مات وقال الولي لم يعد فالقول قول الولي مع يمينه لان الاصل ذهاب الضوء وعدم العود وان جنى على عينه فذهب الضوء ثم جاء آخر فقلع العين واختلف الجانيان فقال الاول عاد الضوء ثم قلعت أنت فعليك الدية وقال الثاني قلعت ولم يعد الضوء فعلي حكومة وعليك الدية فالقول قول الثاني لان الاصل عدم العود فان صدق المجني عليه الاول قبل قوله في ابراء الاول لانه يسقط عنه حقاله ولا يقبل قوله على الثاني لانه يوجب عليه حقاله والاصل عدمه

﴿فصل﴾ اذا جنى على رجل جناية فادعى المجني عليه انه ذهب سمعه وأنكر الجاني امتحن في أوقات غفلاته بالصياح مرة بعد مرة فان ظهر منه أمارات السماع فالقول قول الجاني لان الظاهر يشهد له ولا يقبل قوله من غير يمين لانه يحتمل أن يكون ماظهر من أمارة السماع اتفاقا وان لم يظهر منه أمارة السماع فالقول قول المجني عليه لان الظاهر معه ولا يقبل قوله في ذلك من غير يمين لجواز أن يكون ماظهر من عدم السماع لجودة تحفظه وان ادعى نقصان السمع فالقول قوله مع يمينه لانه يتعذر اقامة البينة عليه ولا يعرف ذلك الا من جهته ومايدعيه محتمل فقبل قوله مع يمينه كما يقبل قول المرأة في الحيض وان ادعى ذهاب السمع من احدى الأذنين سد التي لم يذهب السمع منها ثم يمتحن بالصياح في أوقات غفلاته فان ظهر منه أمارة السماع فالقول قول الجاني مع يمينه وان لم يظهر منه أمارة السماع فالقول قول المجني عليه مع يمينه لما ذكرناه

﴿ فصل ﴾ وان ادعى المجني عليه ذهاب شمه وأنكر الجاني امتحن في أوقات غفلاته بالروائح الطيبة والروائح المنتنة فان كان لا يرتاح الى الروائح الطيبة ولا تظهر منه كراهية الروائح المنتنة فالقول قوله لان الظاهر معه و يحلف عليه لجواز أن يكون قد تصنع لذلك وان ارتاح الى الروائح الطيبة وظهرت منه الكراهية للروائح المنتنة فالقول قول الجاني لان الظاهر يشهد له و يحلف على ذلك لجواز أن يكون ماظهر من المجني عليه من الارتياح والتكره اتفاقا وان حلف المجني عليه على ذهاب شمه ثم غطى أنفه عند الحة منتنة فادعى الجاني أنه غطاه لبقاء شمه وادعى المجني عليه أنه غطاه لحاجة أو لعادة فالقول قول المجني عليه لانه يحتمل مايدعيه

﴿فصل﴾ وان كسر صلب رجل فادعى المجني عليه انه ذهب جماعه فالقول قوله مع يمينه لان مايدعيه محتمل ولا يعرف ذلك الا من جهته فقبل قوله مع يمينه كالمرأة في دعوى الحيض

﴿فصل﴾ وان اصطدمت سفينتان فتلفتا وادعى صاحب السفينة على القيم أنه فرط في ضبطها وأنكر القيم ذلك فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم التفريط و براءة الذمة

﴿فصل﴾ اذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ثم اختلفا فقال الضارب ماأسقطت من ضربي وقالت المرأة أسقطت من ضربك نظرت فان كان الأسقاط عقيب الضرب فالقول قولها لان الظاهر معها وان كان الاسقاط بعد مدة نظرت فان بقيت المرأة متألمة الى أن أسقطت فالقول قولها لان الظاهر معها وان لم تكن متألمة فالقول قوله لانه يحتمل مايدعيه كل واحد منهما والاصل براءة الذمة وان اختلفا في التألم فالقول قول الجاني لان الاصل عدم التألم وان ضربها فأسقطت جنينا حيا ومات واختلفا فقالت المرأة مات من ضربك وقال الضارب مات بسبب آخر فان مات عقيب الاسقاط فالقول قولها لان الظاهر معها وأنه مات من الجناية وان مات بعد مدة ولم تقم البينة أنه بقي متألما الى أن مات فالقول قول الضارب مع يمينه لانه يحتمل مايدعيه والاصل براءة الذمة وان أقامت بينة انه بقي متألما الى أن مات فالقول قولها مع اليمين لان الظاهر أنه مات من جنايته

﴿ فصل ﴾ وان اختلفا فقالت المرأة استهل ثم مات وأنكر الضارب فالقول قوله لان الاصل عدم الاستهلال وان ألقت جنينا حيا ومات ثم اختلفا فقال الضارب كان أنثى وقالت المرأة كان ذكرا فالقول قول الضارب لان الاصل براءة الذمة مما زاد على دية الأنثى

﴿فصل﴾ وان ادعى رجل على رجل قتلا تجب فيه الدية على العاقلة وصدقه المدعى عليه وأنكرت العاقلة وجبت الدية على الجاني باقراره ولا تجب على العاقلة من غير بينة لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال لا تحمل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا

(قوله امتحن في أوقات غفلاته) أي اختبر والامتحان الاختبار (قوله تصنع لذلك) التصنع تكلف حسن السمت وتصنعت المرأة اذا صنعت نفسها

ولا اعترافا ولأ نا لو قبلنا اقراره على العاقلة لم يؤمن ان لم يواطئ في كل وقت من يقر له بقتل الخطأ فيؤدي الى الاضرار بالعاقلة وان ضرب بطن امرأة فألقت جنينا فقال الجاني كان ميتا وقالت المرأة كان حيا فالقول قول الجاني لانه يحتمل ما يدعيه كل واحد منهما والاصل براءة الذمة وان صدق الجاني المرأة وأنكرت العاقلة وجب على العاقلة قدر الغرة لانها لم تعترف بأكثر منها ووجبت الزيادة في ذمة الجاني لان قوله مقبول على نفسه دون العاقلة

﴿فصل﴾ اذا سلم من عليه الدية الابل في قتل العمد ثم اختلفا فقال الولي لم يكن فيها خلفات وقال من عليه الدية كانت فيها خلفات فان لم يرجع في حال الدفع الى أهل الخبرة فالقول قول الولي لان الاصل عدم الحمل فان رجع في الدفع الى قول أهل الخبرة ففيه وجهان أحدهما أن القول قول الولي لما ذكرناه والثاني أن القول قول من عليه الدية لانا حكمنا بانها خلفات بقول أهل الخبرة فلم يقبل فيه قول الولي

﴿باب كفارة القتل﴾

من قتل من يحرم عليه قتله من مسلم أو كافر له أمان خطأ وهو من أهل الضمان وجبت عليه الكفارة لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وقوله تبارك وتعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فان قتله عمدا أو شبه عمد وجبت عليه الكفارة لانها اذا وجبت في قتل الخطأ مع عدم المأثم فلان تجب في العمد وشبه العمد وقد تغلظ بالاثم أولى وان توصل الى قتله بسبب يضمن فيه النفس كحفر البئر وشهادة الزور والاكراه وجبت عليه الكفارة لان السبب كالمباشرة في ايجاب الضمان فكان كالمباشرة في ايجاب الكفارة فان ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا وجبت عليه الكفارة لانه آدمي محقون الدم لحرمته فضمن بالكفارة كغيره وان قتل نفسه أو قتل عبده وجبت عليه الكفارة لان الكفارة تجب لحق الله تعالى وقتل نفسه وقتل عبده كغيرهما في التحريم لحق الله تعالى فكان كقتل غيرهما في ايجاب الكفارة فان اشترك جماعة في قتل واحد وجب على كل واحد منهم كفارة ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر انه يجب على الجميع كفارة واحدة لانها كفارة تجب بالقتل فاذا اشترك الجماعة فيه وجبت عليهم كفارة واحدة كالكفارة في قتل الصيد والمشهور هو الاول لانها كفارة لا تجب على سبيل البدل فاذا اشترك الجماعة في سببها وجب على كل واحد منهم كفارة ككفارة الطيب واللباس

﴿فصل﴾ والكفارة عتق رقبة مؤمنة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الى قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع ففيه قولان أحدهما يلزمه اطعام ستين مسكينا كل مسكين مدا من الطعام لانه كفارة يجب فيها العتق أو صيام شهرين فوجب فيها اطعام ستين مسكينا قياسا على كفارة الظهار والجماع في رمضان والثاني لا يلزمه الاطعام لان الله تعالى ذكر العتق والصيام ولم يذكر الاطعام ولو وجب ذلك لذكره كما ذكره في كفارة الظهار وصفة الرقبة والصيام والطعام اذا أوجبناه على ما ذكرنا في الظهار فأغنى عن الاعادة

﴿ كتاب قتال أهل البغي ﴾

لا يجوز الخروج عن الامام لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال من نزع يده من طاعة امامه فانه يأتي يوم القيامة ولا حجة له ومن مات وهو مفارق للجماعة فانه يموت ميتة جاهلية وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ من حمل علينا السلاح فليس منا

﴿ومن كتاب قتال أهل البغي﴾

البغي التعدي. وكل مجاوزة وافراط عن المقدار الذي هو حد الشيء فهو بغي. والبغي الظلم. والبغي أيضا الفجور. والباغية التي تعدل عن الحق وما عليه أئمة المسلمين . يقال بغى الجرح اذا ترامى الى الفساد (قوله من حمل علينا السلاح فليس منا) دليل على تكفير الخوارج ومن يقاتل المسلمين بغير حق. ويحتمل أن يكون معناه فليس من أخلاقنا ولا ممن يتدين بديننا كما قالوا في الحديث الآخر من غشنا فليس منا

﴿فصل﴾ اذا خرجت على الامام طائفة من المسلمين ورامت خلعه بتأويل أو منعت حقا توجه عليها بتأويل وخرجت عن قبضة الامام وامتنعت بمنعة قاتلها الامام لقوله عز وجل وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى أمر الله ولأن أبابكر الصديق رضي الله عنه قاتل مانعي الزكاة وقاتل علي كرم الله وجهه أهل البصرة يوم الجمل وقاتل معاوية بصفين وقاتل الخوارج بالنهروان ولا يبدأ بالقتال حتى يسألهم ماينقمون منه فان ذكروا مظلمة أزالها وان ذكروا علة يمكن ازاحتها أزاحها وان ذكروا شبهة كشفها لقوله تعالى فأصلحوا بينهما وفيما ذكرناه اصلاح وروى عبدالله بن شداد بن الهاد أن عليا كرم الله وجهه لما كاتب معاوية وحكم وعتب عليه ثمانية آلاف ونزلوا بأرض يقال لها حروراء فقالوا انسلخت من قيص ألبسك الله وحكمت في دين الله ولا حكم الا لله فقال علي بيني وبينكم كتاب الله يقول الله تعالى في رجل وامرأة وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما وأمة محمد صلى الله عليه وسلم أعظم دما وحرمة من امرأة ورجل ونقموا أني كاتبت معاوية من علي بن أبي طالب وجاء سهيل بن عمرو ونحن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحديبية حين صالح قومه قريشا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اكتب من محمد رسول الله فقالوا لو نعلم انك رسول الله لم نخالفك فقال اكتب فكتب هذا ماقاضى عليه محمد قريشا يقول الله عز وجل لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة لمن كان يرجو الله واليوم الآخر وبعث اليهم عبدالله بن عباس فواضعوا عبدالله كتاب الله تعالى ثلاثة أيام ورجع منهم أربعة آلاف فان أبوا وعظهم وخوفهم القتال فان أبوا قاتلهم فان طلبوا الانظار نظرت فان كان يومين أو ثلاثة أنظرهم لأن ذلك مدة قريبة ولعلهم يرجعون الى الطاعة فان طلبوا أكثر من ذلك بحث عنه الامام فان كان قصدهم الاجتماع على الطاعة أمهلهم وان كان قصدهم الاجتماع على القتال لم ينظرهم لما في الانظار من الاضرار وان أعطوا على الانظار رهائن لم يقبل منهم لانه لا يؤمن أن يكون هذا مكرا وطريقا الى قهر أهل العدل وان بذلوا عليه مالا لم يقبل لما ذكرناه ولأن فيه اجراء صغار على طائفة من المسلمين فلم يجز كأخذ الجزية منهم

﴿فصل﴾ ولا يتبع في القتال مدبرهم ولا يذفف على جريحهم لما روى عبدالله بن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يابن أم عبد ماحكم من بغى من أمتي فقلت الله ورسوله أعلم فقال لا يتبع مدبرهم ولا يجاز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم ولا يقسم فيؤهم وعن علي كرم الله وجهه أنه قال لا تجيزوا على جريح ولا تتبعوا مدبرا وعن أبي أمامة قال شهدت صفين فكانوا لا يجيزون على جريح ولا يطلبون موليا ولا يسلبون قتيلا ولان قتالهم للدفع والرد الى الطاعة دون القتل فلا يجوز فيه القصد الى القتل من غير حاجة وان حضر معهم من لا يقاتل ففيه وجهان أحدهما لا يقصد بالقتل لان القصد من قتالهم كفهم وهذا قد كف نفسه فلم يقصد والثاني يقتل لأن عليا كرم الله وجهه نهاهم عن قتل محمد بن طلحة السجاد وقال اياكم وقتل صاحب البرنس فقتله رجل وأنشأ يقول

(قوله بتأويل) التأويل تفسير مايؤول اليه الشيء وقد أولته تأويلا (قوله وامتنعت بمنعة) السماع بسكون النون والقياس فتحها جمع مانع مثل كافر وكفرة (قوله حتى تفيء الى أمر الله) أي حتى ترجع يقال فاء يفيء فيئا اذا رجع (قوله الخوارج) سموا خوارج لانهم خرجوا عن الطاعة. الواحد خارجي (قوله ينقمون) يعتبون أو يكرهون وينكرون ويسخطون ومنه قوله تعالى وما نقموا منهم الا أن يؤمنوا بالله. وانسلخت من قيص أي خرجت منه كما تنسلخ الحية من جلدها (قوله أسوة حسنة) الاسوة القدوة التي يجب اتباعها ويؤتمر بها ويهتدى اليها الضال يقال أسوة وإسوة بالضم والكسر (قوله فواضعوا عبدالله كتاب الله) المواضعة المراهنة يقال واضعني على كذا أي ضع رهنا وأضع رهنا على أن من غلب وفلج أخذ الرهن (قوله اجراء صغار) أي ذل وهوان (قوله ولا يذفف على جريحهم) الذف الاجهاز على الجريح وهو قتله وكذا الذفاف قال أبو عبيد يروى بالدال والذال معا يقال ذفف على الجريح تذفيفا وكذا قوله لا يجاز على جريحهم بمعناه أي لا يقتل وقال بعضهم هو الاسراع يقال أجهزت على الجريح اذا أسرعت قتله من قولهم فرس جهيز أي سريع الشد قال هذا القائل ويقال أيضا ذففت على القتيل اذا أسرعت قتله ومنه قولهم خفيف ذفيف . وقال الازهري لا يجهز لا يتمم ويقال ذففت على الجريح اذا عجلت قتله (قوله محمد بن طلحة السجاد) سمي بذلك لأنه كان له ألف نخلة يسجد كل يوم تحت كل نخلة سجدة (قوله صاحب البرنس) قال

وأشعث قوام بآيات ربه * قليل الاذى فيما ترى العين مسلم
هتكت له بالرمح جيب قميصه * فخر صريعا لليدين وللفم
على غير شئ غير أن ليس تابعا * عليا ومن لا يتبع الحق يظلم
يناشدنى حم والرمح شاجر * فهلا تلا حم قبل التقدم

ولم ينكر على كرم الله وجهه قتله ولأنه صار ردءا لهم ولا تقتل النساء والصبيان كما لا يقتلون فى حرب الكفار فان قاتلوا جاز قتلهم كما يجوز قتلهم اذا قصدوا قتله فى غير القتال ويكره أن يقصد قتل ذى رحم محرم كما يكره فى قتال الكفار فان قاتله لم يكره كما لا يكره اذا قصد قتله فى غير القتال

﴿ فصل ﴾ ولا يقتل أسيرهم لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث عبد الله بن مسعود ولا يقتل أسيرهم فان قتله ضمنه بالدية لأنه بالأسر صار محقون الدم فصار كما لو رجع الى الطاعة وهل يضمنه بالقصاص فيه وجهان أحدهما يضمنه لما ذكرناه والثانى لا يضمنه لأن أبا حنيفة رحمه الله يجيز قتله فصار ذلك شبهة فى اسقاط القود فان كان الاسير حرا بالغا فدخل فى الطاعة أطلقه وان لم يدخل فى الطاعة حبسه الى أن تنقضى الحرب ليكف شره ثم يطلقه ويشرط عليه أن لا يعود الى القتال وان كان عبدا أو صبيا لم يحبسه لأنه ليس من أهل البيعة ومن أصحابنا من قال يحبسه لأن فى حبسه كسرا لقلوبهم

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز قتالهم بالنار والرمى عن المنجنيق من غير ضرورة لأنه لا يجوز أن يقتل الا من يقاتل والقتل بالنار أو المنجنيق يعم من يقاتل ومن لا يقاتل وان دعت اليه الضرورة جاز كما يجوز أن يقتل من لا يقاتل اذا قصد قتله للدفع ولا يستعين فى قتالهم بالكفار ولا بمن يرى قتلهم مدبرين لأن القصد كفهم وردهم الى الطاعة دون قتلهم وهؤلاء يقصدون قتلهم فان دعت الحاجة الى الاستعانة بهم فان كان يقدر على منعهم من اتباع المدبرين جاز وان لم يقدر لم يجز

﴿ فصل ﴾ وان اقتتل فريقان من أهل البغى فان قدر الامام على قهرهما لم يعاون واحدا منهما لان الفريقين على الخطأ وان لم يقدر على قهرهما ولم يأمن أن يجتمعا على قتاله ضم الى نفسه أقربهما الى الحق فان استويا فى ذلك اجتهد فى رأيه فى ضم أحدهما الى نفسه ولا يقصد بذلك معاونته على الآخر بل يقصد الاستعانة به على الآخر فاذا انهزم الآخر لم يقاتل الذى ضمه الى نفسه حتى يدعوه الى الطاعة لأنه حصل بالاستعانة به فى أمانه

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز أخذ مالهم لحديث ابن مسعود وحديث أبى أمامة فى صفين ولأن الاسلام عصم دمهم ومالهم وانما أبيح

الجوهرى البرنس قلنسوة طويلة وكان النساك يلبسونها فى صدر الاسلام. وقد تبرنس الرجل قاله الجوهرى فى صحاحه. وذكر غيره أنه مثل القباء الا أن فيه شيئا متصلا يكون على الرأس وقال فى ديوان الادب البرنس كساء (قوله وأشعث قوام) الاشعث مغبر الرأس هتكت خرقت. بصدر الرمح أى أوله وهو السنان وصدر كل شئ أوله كما ان عجزه آخره. جيب قميصه كنى به عن نحره وهو موضع الجيب استعاره وعبر به عنه. فخر صريعا أى سقط صريعا. لليدين وللفم أى على اليدين وعلى الفم كما يقال خر لوجهه أى على وجهه (قوله يناشدنى حم) يقال نشدته الله أنشده نشدا وناشدته اذا قلت له نشدتك الله أى سألتك بالله كأنك ذكرته اياه فنشد أى تذكر (قوله حم) أراد سورة حم أى طلب اليه بفضلها وحرمتها جعلها اسما للسورة ومنعه الصرف لأنه علم مؤنث ذكره الزمخشرى. قال وفى الحديث حم لا ينصرون قال وفى هذا نظر لان حم ليس بمذكور فى أسماء الله المعدودة لأن أسماءه تقدست ما فيها شىء الا وهو صفة مفصحة عن ثناء ومجد وحم ليس الا اسمى حرفين من حروف المعجم فلا معنى تحته. وأما أهل التفسير فذكروا معانى كثيرة لا يحتمل هذا المختصر ذكرها (قوله والرمح شاجر) يقال شجره بالرمح طعنه وتشاجروا بالرماح أى تطاعنوا وقد تقدم ذكر تشاجروا (قوله لات ساعة مندم[1]) لا ههنا بمعنى ليس والتاء للتأنيث وقد دخلت على ثلاثة أحرف وهى لا ولات وثم وثمت ورب وربت (قوله صار ردءا لهم) أى عونا وأردأته أى أعنته ومنه قوله تعالى ردءا يصدقنى فى قراءة من همز وأما من لم يهمز فمعناه الزيادة (قوله المنجنيق) بفتح الميم وكسرها قاله ابن قتيبة فى أدب الكاتب وهو فارسى معرب (قوله عصم دمهم) أى أمسك. لا عاصم اليوم من أمر الله لا مانع ولا ممسك. واعتصموا بحبل الله تمسكوا به

---

(١) هذه القولة موجودة بالاصل وليست لها مناسبة هنا

قتالهم للدفع والرد الى الطاعة وبقي حكم المال على ما كان فلم يجز أخذه كمال قطاع الطريق ولا يجوز الانتفاع بسلاحهم وكراعهم من غير اذنهم من غير ضرورة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه ولأن من لا يجوز أخذ ماله لم يجز الانتفاع بماله من غير اذنه ومن غير ضرورة كغيرهم وان اضطر اليه جاز كما يجوز أكل مال غيره عند الضرورة

﴿ فصل ﴾ وان أتلف أحد الفريقين على الآخر نفساً أومالا فى غير القتال وجب عليه الضمان لأن تحريم نفس كل واحد منهما وماله كتحريمهما قبل البغى فكان ضمانهما كضمانهما قبل البغى وان أتلف أهل العدل على أهل البغى نفساً أومالا فى حال الحرب بحكم القتال لم يجب عليه الضمان لأنه مأمور باتلافه فلا يلزمه ضمانه كما لو قتل من يقصد نفسه أوماله من قطاع الطريق واذا أتلف أهل البغى على أهل العدل ففيه قولان أحدهما يجب عليه الضمان لأنه أتلف عليه بعدوان فوجب عليه الضمان كما لو أتلف عليه فى غير القتال والثانى لا يجب عليه الضمان وهو الصحيح لما روى عن الزهرى أنه قال كانت الفتنة العظمى بين الناس وفيهم البدريون فأجمعوا على أن لا يقام حد على رجل ارتكب فرجاحراما بتأويل القرآن ولا يقتل رجل سفك دما حراما بتأويل القرآن ولا يغرم مالا أتلفه بتأويل القرآن ولأنها طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل فلم تضمن ما تتلف على الأخرى بحكم الحرب كأهل العدل ومن أصحابنا من قال القولان فى غير القصاص فأما القصاص فلا يجب قولا واحدا لأنه يسقط بالشبهة ولهم فى القتل شبهة

﴿ فصل ﴾ وان استعان أهل البغى بأهل الحرب فى القتال وعقدوا لهم أمانا أو ذمة بشرط المعاونة لم ينعقد لأن من شرط الذمة والامان أن لا يقاتلوا المسلمين فلم ينعقد على شرط القتال فان عاونوهم جاز لاهل العدل قتلهم مدبرين وجاز أن يذفف على جريحهم وان أسروا جاز قتلهم واسترقاقهم والمن عليهم والمفاداة لهم لأنه لا عهد لهم ولا ذمة فصاروا كما لو جاءوا منفردين عن أهل البغى ولا يجوز شىء من ذلك لمن عاونهم من أهل البغى لأنهم بذلوا لهم الذمة والامان فلزمهم الوفاء به وان استعانوا بأهل الذمة فعاونوهم نظرت فان قالوا كنا مكرهين أوظننا أنه يجوز أن نعاونهم عليكم كما يجوز أن نعاونكم عليهم لم تنتقض الذمة لأن ما ادعوه محتمل فلا يجوز نقض العقد مع الشبهة وان قاتلوا معهم عالمين من غير اكراه فان كان قد شرط عليهم ترك المعاونة فى عقد الذمة انتقض العهد لأنه زال شرط الذمة وان لم يشترط ذلك ففيه قولان أحدهما ينتقض كما لو انفردوا بالقتال لاهل العدل والثانى لا ينتقض لأنهم قاتلوا تابعين لاهل البغى فاذا قلنا لا ينتقض عهدهم كانوا فى القتال كأهل البغى لا يتبع مدبرهم ولا يذفف على جريحهم وان أتلفوا نفساً أومالا فى الحرب لزمهم الضمان قولا واحدا والفرق بينهم و بين أهل البغى ان فى تضمين أهل البغى تنفيرا عن الرجوع الى الطاعة فسقط عنهم الضمان فى أحد القولين ولا يخاف تنفير أهل الذمة لانا قد أمناهم على هذا القول وان استعانوا بمن له أمان الى مدة فعاونوهم انتقض أمانهم فان ادعوا أنهم كانوا مكرهين ولم تكن لهم بينة على الاكراه انتقض الأمان والفرق بينهم و بين أهل الذمة فى أحد القولين ان الامان المؤقت ينتقض بالخوف من الخيانة فانتقض بالمعاونة وعقد الذمة لا ينتقض بالخوف من الخيانة فلم ينتقض بالمعاونة

﴿ فصل ﴾ وان ولوا فيما استولوا عليه قاضيا نظرت فان كان ممن يستبيح دماء أهل العدل وأموالهم لم ينفذ حكمه لان من شرط القضاء العدالة والاجتهاد وهذا ليس بعدل ولا مجتهد وان كان ممن لا يستبيح دماءهم ولا أموالهم نفذ من حكمه ما ينفذ من حكم قاضى أهل العدل ورد من حكمه ما يرد من حكم قاضى أهل العدل لان لهم تأويلا يسوغ فيه الاجتهاد فلم ينقض من حكمه ما يسوغ فيه الاجتهاد وان كتب قاضيهم الى قاضى أهل العدل استحب أن لا يقبل كتابه استهانة بهم وكسرا لقلوبهم فان قبله جاز لانه ينفذ حكمه فجاز الحكم بكتابه كقاضى أهل العدل

﴿ فصل ﴾ وان استولوا على بلد وأقاموا الحدود وأخذوا الزكاة والخراج والجزية اعتد به لان عليا كرم الله وجهه قاتل أهل البصرة ولم يبلغ ما فعلوه وأخذوه ولان ما فعلوه وأخذوه بتأويل سائغ فوجب امضاؤه كالحاكم اذا حكم بما يسوغ فيه الاجتهاد فان عاد البلد الى أهل العدل فادعى من عليه الزكاة انه دفعها الى أهل البغى قبل قوله وهل يحلف عليه مستحبا أو

(قوله الانتفاع بسلاحهم وكراعهم) قال الجوهرى الكراع اسم يجمع الخيل

واجبا فيه وجهان ذكرناهما فى الزكاة وان ادعى من عليه الجزية أنه دفعها اليهم لم يقبل قوله لانها عوض فلم يقبل قوله فى الدفع كالمستأجر اذا ادعى دفع الاجرة وان ادعى من عليه الخراج أنه دفعه اليهم ففيه وجهان أحدهما يقبل قوله لانه مسلم فقبل قوله فى الدفع كما قلنا فيمن عليه الزكاة والثانى لا يقبل لان الخراج ثمن أو أجرة فلم يقبل قوله فى الدفع كالثمن فى البيع والاجرة فى الاجارة

﴿ فصل ﴾ وان أظهر قوم رأى الخوارج ولم يخرجوا عن قبضة الامام لم يتعرض لهم لان عليا كرم الله وجهه سمع رجلا من الخوارج يقول لا حكم الا لله تعريضا له فى التحكيم فى صفين فقال كلمة حق أريد بها باطل ثم قال لكم علينا ثلاث لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ولا نمنعكم من الفىء ما دامت أيديكم معنا ولا نبدؤكم بقتال ولان النبى ﷺ لم يتعرض للمنافقين الذين كانوا معه فى المدينة فلأن لا تتعرض لاهل البغى وهم من المسلمين أولى وحكمهم فى ضمان النفس والمال والحد حكم أهل العدل لان ابن ملجم جرح عليا كرم الله وجهه فقال أطعموه واسقوه واحبسوه فان عشت فأنا ولى دمى أعفو ان شئت وان شئت استقدت وان مت فاقتلوه ولا تمثلوا به فان قتل فهل يتحتم قتله فيه وجهان أحدهما يتحتم لانه قتل بشهر السلاح فانحتم قتله كقاطع الطريق والثانى لا يتحتم وهو الصحيح لقول على كرم الله وجهه أعفو ان شئت وان شئت استقدت وان سبوا الامام أو غيره من أهل العدل عزروا لانه محرم ليس فيه حد ولا كفارة فوجب فيه التعزير وان عرضوا بالسب ففيه وجهان أحدهما يعزرون لانهم اذا لم يعزروا على التعريض صرحوا وخرقوا الهيبة والثانى لا يعزرون لما روى أبو يحيى قال صلى بنا على رضى الله عنه صلاة الفجر فناداه رجل من الخوارج لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين فأجابه على رضوان الله عليه وهو فى الصلاة فاصبر ان وعد الله حق ولا يستخفنك الذين لا يوقنون ولم يعزره

﴿ فصل ﴾ وان خرجت على الامام طائفة لا منعة لها أو أظهرت رأى الخوارج كان حكمهم فى ضمان النفس والمال والحدود حكم أهل العدل لانه لا يخاف نفورهم لقلتهم وقدرة الامام عليهم فكان حكمهم فيما ذكرناه حكم الجماعة كما لو كانوا فى قبضته

﴿ فصل ﴾ وان خرجت طائفة من المسلمين عن طاعة الامام بغير تأويل واستولت على البلاد ومنعت ما عليها وأخذت ما لا يجوز أخذه قصدهم الامام وطالبهم بما منعوا وردما أخذوا وغرمهم ما أتلفوه بغير حق وأقام عليهم حدود ما ارتكبوا لانه لا تأويل لهم فكان حكمهم ما ذكرناه كقطاع الطريق

﴿ باب قتل المرتد ﴾

تصح الردة من كل بالغ عاقل مختار فأما الصبى والمجنون فلا تصح ردتهما لقوله ﷺ رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وأما السكران ففيه طريقان من أصحابنا من قال تصح ردته قولا واحدا ومنهم من قال فيه قولان وقد بيناه ذلك فى الطلاق فأما المكره فلا تصح ردته لقوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان وان تلفظ بكلمة الكفر وهو أسير لم يحكم بردته لانه مكره وان تلفظ بها فى دار الحرب فى غير الأسر حكم بردته لان كونه فى دار الحرب لا يدل على الاكراه وان أكل لحم الخنزير أو شرب الخمر لم يحكم بردته لانه قد يأكل ويشرب من غير اعتقاد ومن أكره على كلمة

(قوله فاقتلوه ولا تمثلوا) أى لا تنكلوا أشد التنكيل ومثل بالقتيل مخففا اذا جدعه. والاسم المثلة عن الجوهرى. وفى الحديث نهى أن يمثل بالدواب وأن يؤكل الممثول وهو أن ينصب ويرمى (قوله فهل يتحتم) حتمت أوجبت . والحتم القضاء. والحاتم القاضى (قوله قتل بشهر السلاح) يقال شهر السلاح شهرا اذا سله (قوله خرقوا الهيبة) استهانوا بها وهتكوها من خرقت الثوب (قوله ليحبطن عملك) أى يذهب باطلا بغير ثواب يقال حبط عمله حبطا بالتسكين وحبوطا بطل ثوابه. قال أبو عمرو والاحباط أن يذهب ماء الركية فلا يعود كما كان (قوله ولا يستخفنك الذين لا يوقنون) استخفه ضد استثقله. واستخفه أهانه . واستخفه عن رأيه اذا حمله على الجهل وأزاله عما كان عليه من الصواب ومعناه لا يستفزنك ولا يستجهلنك

﴿ ومن باب قتل المرتد ﴾

الارتداد الرجوع عن الدين والاسم الردة . وردعن الشىء رجع عنه (قوله وقلبه مطمئن بالايمان) اطمأن سكن يقال اطمأن الرجل طمأنينة. واطمأننا واطمأن الى كذا اذا سكن اليه وقبله قلبه واستأنس به

الكفر فالأفضل أن لا يأتي بها لما روى أنس رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال ثلاث من كن فيه وجد حلاوة الايمان أن يكون الله ورسوله أحب اليه مما سواهما وأن يحب المرء لا يحبه الا الله عز وجل وأن يكره أن يعود فى الكفر كما يكره أن توقد نار فيقذف فيها وروى خباب بن الارت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان كان الرجل ممن كان قبلكم ليحفر له فى الارض فيجعل فيها فيجاء بمنشار فتوضع على رأسه و يشق باثنتين فلا يمنعه ذلك عن دينه و يمشط بأمشاط الحديد مادون عظمه من لحم وعصب مايصده ذلك عن دينه ومن أصحابنا من قال ان كان ممن يرجو النكاية فى العدو أو القيام بأحكام الشرع فالأفضل له أن يدفع القتل عن نفسه و يتلفظ بكلمة الكفر لما فى بقائه من صلاح المسلمين وان كان لا يرجو ذلك اختار القتل

﴿ فصل ﴾ اذا ارتد الرجل وجب قتله لما روى أمير المؤمنين عثمان رضى الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث رجل كفر بعد اسلامه أو زنى بعد احصانه أو قتل نفسا بغير نفس فان ارتدت امرأة وجب قتلها لما روى جابر رضى الله عنه أن امرأة يقال لها أم رومان ارتدت عن الاسلام فبلغ أمرها الى النبي ﷺ فأمر أن تستتاب فان تابت والا قتلت وهل يجب أن يستتاب أو يستحب فيه قولان أحدهما لا يجب لانه لو قتل قبل الاستتابة لم يضمنه القاتل ولو وجبت الاستتابة لضمنه والثانى انها تجب لما روى انه لما ورد على عمر رضى الله عنه فتح تستر فسألهم هل كان من مغربة خبر قالوا نعم رجل ارتد عن الاسلام ولحق بالمشركين فأخذناه وقتلناه قال فهلا أدخلتموه بيتا وأغلقتم عليه بابا وأطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه ثلاثا فان تاب والا قتلتموه اللهم انى لم أشهد ولم آمر ولم أرض اذ بلغنى ولو لم تجب الاستتابة لما تبرأ من فعلهم فان قلنا انه تجب الاستتابة أو تستحب ففى مدتها قولان أحدهما انها ثلاثة أيام لحديث عمر رضى الله عنه ولان الردة لا تكون الا عن شبهة وقد لا يزول ذلك بالاستتابة فى الحال فقدر بثلاثة أيام لانه مدة قريبة يمكن فيها الارتياء والنظر ولهذا قدر به الخيار فى البيع والثانى وهو الصحيح انه يستتاب فى الحال فان تاب والا قتل لحديث أم رومان ولانه استتابة من الكفر فلم تتقدر بثلاث كاستتابة الحربى وان كان سكرانا فقد قال الشافعى رحمه الله تؤخر الاستتابة فمن أصحابنا من قال تصح استتابته والتأخير مستحب لانه تصح ردته فصحت استتابته ومنهم من قال لا تصح استتابته و يجب التأخير لان ردته لا تكون الا عن شبهة ولا يمكن بيان الشبهة ولا ازالتها مع السكر وان ارتد ثم جن لم يقتل حتى يفيق و يعرض عليه الاسلام لان القتل يجب بالردة والاصرار عليها والمجنون لا يوصف بأنه مصر على الردة

﴿ فصل ﴾ واذا تاب المرتد قبلت توبته سواء كانت ردته الى كفر ظاهر به أهله أو الى كفر يستتر به أهله كالتعطيل والزندقة

(قوله فيقذف فيها) أى يرمى به و يطرح (قوله فيجاء بمنشار) يقال نشرت الخشبة أنشرها اذا قطعتها بالمنشار وكذا وشرت الخشبة بالميشار غير مهموز. والمنشار بالنون والياء (قوله يرجو النكاية فى العدو) و يقال نكيت فى العدو أنكى بغير همز نكاية اذا قتلت فيهم وجرحت. وأصله الوجع والألم. وقيل هو قشر الجرح قال ٭ ولا تنكى قرح الفؤاد فينجعا ٭ (قوله هل كان من مغربة خبر) قال الجوهرى يعنى الخبر الذى طرأ عليهم من بلد سوى بلدهم. وقال أبو عبيد مغربة بفتح الراء وكسرها وأصله من الغرب وهو البعد. يقال دار غربة أى بعيدة. وشأو مغرب ومغرب. وغرب الرجل فى الأرض اذا أمعن فيها. وغربته اذا نحيته عن بلده ومنه تغريب الزانى. و يقال أغرب عنى أى ابعد والمعنى فى الحديث هل من خبر جديد جاء من بلد بعيد (قوله الارتياء والنظر) هو الافتعال من الرأى والتدبير والتفكر فى الامر وعاقبته وصلاحه. والنظر هو التفكر أيضا (قوله والاصرار عليها) يقال أصررت على الشىء اذا أقمت ودمت (قوله كالتعطيل والزندقة) التعطيل مذهب قوم يذهبون الى أن لا اله يعبد ولا جنة ولا نار. مأخوذ من المرأة العاطل وهى التى لا حلى عليها ومن الاناء العاطل أى الفارغ. وفى القرآن و بئر معطلة. والزندقة مذهب الثنوية وهو معرب الواحد يقال له زنديق والجمع زنادقة وكان مذهب قوم من قريش فى الجاهلية والثنوية يزعمون أن مع الله ثانيا تعالى الله عن ذلك ذكر هذا فى شمس العلوم. والمشهور أن الزنديق الذى يظهر الاسلام ويخفى الكفر كالمنافق. قال الازهرى والذى يقول الناس زنديق فان أحمد بن يحيى زعم أن العرب لا تعرفه قال و يقال زندق وزندق اذا كان بخيلا

لما روى أنس رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله الا الله وأن محمدا رسول الله فاذا شهدوا أن لا إله الا الله وأن محمدا رسول الله واستقبلوا قبلتنا وصلوا صلاتنا وأكلوا ذبيحتنا فقد حرمت علينا دماؤهم وأموالهم الا بحقها ولهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولان النبى ﷺ كف عن المنافقين لما أظهروا من الاسلام مع ما كانوا يبطنون من خلافه فوجب أن يكف عن المعطل والزنديق لما يظهرونه من الاسلام فان كان المرتد ممن لا تأويل له فى كفره فأتى بالشهادتين حكم باسلامه لحديث أنس رضى الله عنه فان صلى فى دار الحرب حكم باسلامه وان صلى فى دار الاسلام لم يحكم باسلامه لانه يحتمل أن تكون صلاته فى دار الاسلام للمراآة والتقية وفى دار الحرب لا يحتمل ذلك فدل على اسلامه وان كان ممن يزعم أن النبى ﷺ بعث الى العرب وحدها أو ممن يقول ان محمدا نبى يبعث وهو غير الذى بعث لم يصح اسلامه حتى يتبرأ مع الشهادتين من كل دين خالف الاسلام لانه اذا اقتصر على الشهادتين احتمل أن يكون أراد ما يعتقده وان ارتد بجحود فرض أو استباحة محرم لم يصح اسلامه حتى يرجع عما اعتقده ويعيد الشهادتين لانه كذب الله وكذب رسوله بما اعتقده فى خبره فلا يصح اسلامه حتى يأتى بالشهادتين وان ارتد ثم أسلم ثم ارتد ثم أسلم وتكرر منه ذلك قبل اسلامه ويعزر على تهاونه بالدين وقال أبو اسحق لا يقبل اسلامه اذا تكررت ردته وهذا خطأ لقوله عز وجل قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ولأنه أتى بالشهادتين بعد الردة فحكم باسلامه كما لو ارتد مرة ثم أسلم

﴿فصل﴾ وان ارتد ثم أقام على الردة فان كان حرا كان قتله الى الامام لانه قتل يجب لحق الله تعالى فكان الى الامام كرجم الزانى فان قتله غيره بغير اذنه عزر لانه افتات على الامام فان كان عبدا ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز للمولى قتله لانه عقوبة تجب لحق الله تعالى فجاز للمولى اقامتها كحد الزنا والثانى لا يجوز للمولى قتله لانه حق الله عز وجل لا يتصل بحق المولى فلم يكن للمولى فيه حق بخلاف حد الزنا فانه يتصل بحقه فى اصلاح ملكه

﴿فصل﴾ اذا ارتد وله مال ففيه ثلاثة أقوال أحدها أنه لا يزول ملكه عن ماله وهو اختيار المزنى رحمه الله لانه لم يوجد أكثر من سبب يبيح الدم وهذا لا يوجب زوال الملك عن ماله كما لو قتل أو زنى والقول الثانى أنه يزول ملكه عن ماله وهو الصحيح لما روى طارق بن شهاب أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال لوفد بزاخة وغطفان نغنم ما أصبنا منكم وتردون الينا ما أصبتم منا ولانه عصم بالاسلام دمه وماله ثم ملك المسلمون دمه بالردة فوجب أن يملكوا ماله بالردة والقول الثالث أنه مراعى فان أسلم حكمنا بأنه لم يزل ملكه وان قتل أو مات على الردة حكمنا بأنه زال ملكه لان ماله معتبر بدمه ثم استباحة دمه موقوفة على توبته فوجب أن يكون زوال ملكه عن المال موقوفا وعلى هذا فى ابتداء ملكه بالاصطياد والابتياع وغيرهما الأقوال الثلاثة أحدها يملك والثانى لا يملك والثالث أنه مراعى فان قلنا ان ملكه قد زال بالردة صار المال فيئا للمسلمين وأخذ الى بيت المال وان قلنا انه لا يزول أو مراعى حجر عليه ومنع من التصرف فيه لانه تعلق به حق المسلمين وهو متهم فى اضاعته فحفظ كما يحفظ مال السفيه وأما تصرفه فى المال فانه ان كان بعد الحجر لم يصح لانه حجر ثبت بالحاكم فمنع صحة التصرف فيه كالحجر على السفيه وان كان قبل الحجر ففيه ثلاثة أقوال بناء على الاقوال فى بقاء ملكه أحدها أنه يصح والثانى أنه لا يصح والثالث أنه موقوف

﴿فصل﴾ وان ارتد وعليه دين قضى من ماله لانه ليس بأكثر من موته ولو مات قضيت ديونه فكذلك اذا ارتد

﴿فصل﴾ ولا يجوز استرقاقه لانه لا يجوز اقراره على الكفر فان ارتد وله ولد أو حمل كان محكوما باسلامه فاذا بلغ ووصف الكفر قتل وقال أبو العباس فيه قول آخر انه لا يقتل لان الشافعى رحمه الله قال ولو بلغ فقتله قاتل قبل أن يصف الاسلام لم يجب عليه القود والمذهب الأول لانه محكوم باسلامه وانما أسقط الشافعى رحمه الله القود بعد البلوغ للشبهة وهو أنه بلغ ولم يصف الاسلام ولهذا لو قتل قبل البلوغ وجب القود وان ولد له ولد بعد الردة من ذمية فهو كافر لانه ولد بين كافرين وهل يجوز استرقاقه فيه قولان أحدهما لا يجوز لأنه لا يسترق أبواه فلم يسترق والثانى لأنه كافر ولد بين كافرين

(قوله للمراآة والتقية) هى مصدر راءى يرائى مراآة وهو أن يرى الناس الاسلام أو النسك ويبطن خلاف ذلك. والتقية فعيلة من الاتقاء، وهو الدفع بما يتقى عنه المكروه. وتاؤها مبدلة من واو كتاء التقوى (قوله أنه مراعى) أى منتظر وقوله لا تقولوا راعنا قد ذكر

بجاز استرقاقه كولد الحربيين فان قلنا لا يجوز استرقاقه استتيب بعد البلوغ فان تاب والا قتل وان قلنا يجوز استرقاقه فوقع في الأسر فللامام أن يمن عليه وله أن يفادي به وله أن يسترقه كولد الحربيين غير أنه اذا استرقه لم يجز اقراره على الكفر لانه دخل في الكفر بعد نزول القرآن

﴿فصل﴾ وان ارتدت طائفة وامتنعت بمنعة وجب على الامام قتالها لان أبا بكر الصديق رضي الله عنه قاتل المرتدة ويتبع في الحرب مدبرهم ويذفف على جريحهم لانه اذا وجب ذلك في قتال أهل الحرب فلأن يجب ذلك في قتال المرتدة وكفرهم أغلظ أولى وان أخذ منهم أسير استتيب فان تاب والا قتل لانه لا يجوز اقراره على الكفر

﴿فصل﴾ ومن أتلف منهم نفسا أو مالا على مسلم فان كان ذلك في غير القتال وجب عليه ضمانه لانه التزم ذلك بالاقرار بالاسلام فلم يسقط عنه بالجحود كما لا يسقط عنه ما التزمه بالاقرار عند الحاكم بالجحود فان أتلف ذلك في حال القتال ففيه طريقان أحدهما وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني وغيره من البغداديين انه على قولين كما قلنا في أهل البغي والثاني وهو قول القاضي أبي حامد المروروذي وغيره من البصريين انه يجب عليه الضمان قولا واحدا لانه لا ينفذ قضاء قاضيهم فكان حكمهم في الضمان حكم قاطع الطريق والاول هو الصحيح أنه على قولين أصحهما أنه لا يجب الضمان لما روى طارق بن شهاب قال جاء وفد بزاخة وغطفان الى أبي بكر يسألونه الصلح فقال تدون قتلانا وقتلاكم في النار فقال عمر ان قتلانا قتلوا على أمر الله ليس لهم ديات فتفرق الناس على قول عمر رضي الله عنه

﴿فصل﴾ للسحر حقيقة وله تأثير في ايلام الجسم واتلافه وقال أبو جعفر الاستراباذي من أصحابنا لا حقيقة له ولا تأثير له والمذهب الأول لقوله تعالى ومن شر النفاثات في العقد والنفاثات السواحر ولو لم يكن للسحر حقيقة لما أمر بالاستعاذة من شره وروت عائشة رضي الله عنها قالت سحر رسول الله ﷺ حتى انه ليخيل اليه أنه قد فعل الشيء وما فعله ويحرم فعله لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال ليس منا من سحر أو سحر له وليس منا من تكهن أو تكهن له وليس منا من تطير أو تطير له ويحرم تعلمه لقوله تعالى ولكن الشياطين كفروا يعلمون الناس السحر فذمهم على تعليمه ولأن تعلمه يدعو الى فعله وفعله محرم فحرم ما يدعو اليه فان علم أو تعلم واعتقد تحريمه لم يكفر لأنه اذا لم يكفر بتعلم الكفر فلأن لا يكفر بتعلم السحر أولى وان اعتقد اباحته مع العلم بتحريمه فقد كفر لأنه كذب الله تعالى في خبره ويقتل كما يقتل المرتد

﴿باب صول الفحل﴾

من قصده رجل في نفسه أو ماله أو أهله بغير حق فله أن يدفعه لما روى سعيد بن زيد أن النبي ﷺ قال من قاتل دون أهله أو ماله فقتل فهو شهيد وهل يجب عليه الدفع ينظر فيه فان كان في المال لم يجب لأن المال يجوز اباحته وان كان في أهله وجب عليه

(قوله النفاثات في العقد) السواحر والنفث شبيه بالنفخ وهو أقل من التفل . والعقد جمع عقدة لأن الساحرة تعقد عقدا في خيط وتنفث عليها بريقها كأنها ترقى (قوله ليس منا من سحر ولا سحر له) السحر صرف الشيء عن جهته الى غيرها قال الله تعالى ان يتبعون الارجلا مسحورا أي مصروفا عن الحق وقوله بل نحن قوم مسحورون أي أزلنا وصرفنا بالتخييل عن معرفتنا وقوله صلى الله عليه وسلم ان من البيان لسحرا أي ما يصرف ويميل من يسمعه الى قوله وان كان ليس بحق (قوله تكهن أو تكهن له) الكهانة ادعاء علم الغيب وكان في الجاهلية فأبطله الاسلام والطيرة أيضا من أمر الجاهلية وهي التشاؤم ومنه قوله تعالى يطيروا بموسى وكانوا يتشاءمون بالمرأة والفرس والدار. وأصل الطيرة من زجر الطير . وكانوا يزجرون الطير أي يثيرونها من أماكنها فان طار الغراب قالوا غربة وان طار الحمام قالوا حمام وما أشبهه. والعيافة من عاف الشيء اذا كرهه

﴿من باب صول الفحل﴾

صال الفحل يصول اذا وثب. والمصاولة المواثبة وذلك مثل أن يعدو على الناس ويقتلهم (قوله من قاتل دون أهله أو ماله فقتل فهو شهيد) أصل الشهادة الحضور ومنه الشهادة على الخصم وكأن الشهداء احضرت أنفسهم دار السلام وشاهدوا الجنة وأرواح غيرهم لا تشهدها الا بعد البعث. وقيل سمي شهيدا لأن الله تعالى وملائكته يشهدون له بالجنة. وقيل سموا شهداء لأنهم يستشهدون يوم

الدفع لأنه لا يجوز اباحته وان كان فى النفس ففيه وجهان أحدهما أنه يجب عليه الدفع لقوله عز وجل ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة والثانى أنه لا يجب لأن عثمان رضى الله عنه لم يدفع عن نفسه ولأنه ينال به الشهادة اذا قتل فجاز له ترك الدفع لذلك

﴿ فصل ﴾ واذا أمكنه الدفع بالصياح والاستغاثة لم يدفع باليد وان كان فى موضع لا يلحقه الغوث دفعه باليد فان لم يندفع باليد دفعه بالعصا فان لم يندفع بالعصا دفعه بالسلاح فان لم يندفع الا باتلاف عضو دفعه باتلاف العضو فان لم يندفع الا بالقتل دفعه بالقتل وان عض يده ولم يمكنه تخليصها الا بفك لحييه فك لحييه وان لم يندفع الا بأن يبعج جوفه بعج جوفه ولا يجب عليه فى شىء من ذلك ضمان لما روى عمران بن الحصين قال قاتل يعلى بن أمية رجلا فعض أحدهما يد صاحبه فانتزع يده من فيه فنزع ثنيته فاختصما الى رسول الله ﷺ فقال يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل لا دية له ولأن فعله ألجأه الى الاتلاف فلم يضمنه كما لو رمى حجرا فرجع الحجر عليه فأتلفه وان قدر على دفعه بالعصا فقطع عضوا أو قدر على دفعه بالقطع فقتله وجب عليه الضمان لأنه جناية بغير حق فأشبه اذا جنى عليه من غير دفع وان قصده ثم انصرف عنه لم يتعرض له وان ضربه فعطله لم يجز أن يضربه ضربة أخرى لأن القصد كف أذاه فان قصده فقطع يده فولى عنه فقطع يده الأخرى وهو مول لم يضمن الاولى لأنه قطع بحق ويضمن الثانية لأنه قطع بغير حق وان مات منهما لم يجب عليه القصاص فى النفس لأنه مات من مباح ومحظور ولولى المقتول الخيار بين أن يقتص من اليد الثانية وبين أن يأخذ نصف دية النفس

﴿ فصل ﴾ وان وجد رجلا يزنى بامرأته ولم يمكنه المنع الا بالقتل فقتله لم يجب عليه شىء فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه قتله بحق فان ادعى أنه قتله لذلك وأنكر الولى ولم يكن بينة لم يقبل قوله فاذا حلف الولى حكم عليه بالقود لما روى أبو هريرة أن سعد بن عبادة قال يا رسول الله أرأيت لو وجدت مع امرأتى رجلا أأمهله حتى آتى بأربعة شهداء قال نعم فدل على أنه لا يقبل قوله من غير بينة وروى سعيد بن المسيب قال أرسل معاوية أبا موسى الى على كرم الله وجهه يسأله عن رجل وجد على امرأته رجلا فقتله فقال على كرم الله وجهه لتخبرنى لم تسأل عن هذا فقال ان معاوية كتب الى فقال على أنا أبو الحسن ان جاء بأربعة شهداء يشهدون على الزنا والا أعطى برمته يقول يقتل

﴿ فصل ﴾ وان صالت عليه بهيمة فلم تندفع الا بالقتل فقتلها لم يضمن لأنه اتلاف بدفع جائز فلم يضمن كما لو قصده آدمى فقتله للدفع

﴿ فصل ﴾ فان اطلع رجل أجنبى فى بيته على أهله فله أن يفقأ عينه لما روى سهل بن سعد قال اطلع رجل من جحر فى حجرة رسول الله ﷺ ومع النبى ﷺ مدرا يحك به رأسه فقال النبى ﷺ لو علمت أنك تنظر لطعنت به عينك انما جعل الاستئذان من أجل البصر وهل له أن يصيبه قبل أن ينهاه بالكلام فيه وجهان أحدهما وهو قول القاضى أبى حامد المروروذى والشيخ أبى حامد الاسفراينى أنه يجوز للخبر والثانى أنه لا يجوز كما لا تجوز اصابة من يقصد نفسه بالقتل اذا اندفع بالقول ولا يجوز أن يصيبه الا بشىء خفيف لأن المستحق بهذه الجناية فقء العين وذلك يحصل بسبب خفيف فلم تجز الزيادة عليه وان فقأ عينه فمات منه لم يضمن لأنه سراية من مباح فلم يضمن كسراية القصاص فان رماه بشىء يقتل فمات منه ضمنه لأنه قتله بغير حق وان رماه فلم يرجع استغاث عليه فان لم يكن من يغيثه فالمستحب أن يخوفه بالله تعالى فان لم يقبل فله أن يصيبه بما يدفعه فان أتى على نفسه لم يضمن لأنه تلف بدفع جائز فان اطلع أعمى لم يجز له رميه لأنه لا ينظر الى محرم وان اطلع ذو رحم محرم لأهله لم يجز

القيامة مع النبى ﷺ على الأمم قال الله تعالى لتكونوا شهداء على الناس ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة قال اليزيدى التهلكة من نوادر المصادر وليست مما يجرى على القياس (قوله بالصياح والاستغاثة) يقال صياح وصياح بضم الصاد وكسرها والاستغاثة دعاء الناس والاستنصار بهم (قوله بأن يبعج جوفه) بعج جوفه بعجا اذا شقه فهو مبعوج. والا أعطى برمته الرمة بالضم الحبل البالى ومعناه يعطى مربوطا بحبله فى عنقه ويده فيدفع الى أولياء المقتول فيقتلونه قال ابن قتيبة أصله أن أعرابيا باع بعيرا وفى عنقه حبل فقال للمشترى خذه برمته أى بحبله الذى فى عنقه ثم قيل لكل من أخذ شيئا بجملته قد أخذه برمته أى أخذه كله وهى القطعة من الحبل وبها سمى ذو الرمة الشاعر واسمه غيلان لقوله * فيه بقايا رمة التقليد * يصف الوتد (قوله وبيده مدرا يحك به رأسه) المدرا بغير همز شىء كالمسلة تكون مع الماشطة تصلح به النساء وربما قيل المدراة قال طرفة

تهلك المدراة فى أكنافه * فاذا ما أرسلته ينعفر

رميه لأنه غير ممنوع من النظر وان كانت وجته متجردة فقصد النظر اليها جاز له رميه لأنه محرم عليه النظر الى مادون السرة وفوق الركبة منها كما يحرم على الأجنبي وان اطلع عليه من باب مفتوح أو كوة واسعة فان نظر وهو على اجتيازه لم يجز رميه لأن المفرط صاحب الدار بفتح الباب وتوسعة الكوة وان وقف وأطال النظر ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز له رميه لأنه مفرط فى الاطلاع فأشبه اذا اطلع من ثقب والثانى أنه لا يجوز له رميه وهو قول القاضى أبى القاسم العمرى لأن صاحب الدار مفرط فى فتح الباب وتوسعة الكوة

﴿ فصل ﴾ واذا دخل رجل داره بغير اذنه أمره بالخروج فان لم يقبل فله أن يدفعه بما يدفع به من قصد ماله أو نفسه فان قتله فادعى أنه قتله للدفع عن داره وأنكر الولى لم يقبل قول القاتل من غير بينة لأن القتل متحقق وما يدعيه خلاف الظاهر فان أقام بينة أنه دخل داره مقبلا عليه بسلاح شاهر لم يضمن لأن الظاهر أنه قصد قتله وان أقام الولى بينة أنه دخل داره بسلاح غير شاهر ضمنه بالقود أو بالدية لأن القتل متحقق وليس ههنا ما يدفعه

﴿ فصل ﴾ اذا أفسدت ماشيته زرعا لغيره ولم يكن معها فان كان ذلك بالنهار لم يضمن وان كان بالليل ضمن لما روى حزام ابن سعد بن محيصة أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت زرعا فقضى النبى ﷺ أن على أهل الأموال حفظ أموالهم بالنهار وعلى أهل المواشى ما أصابت مواشيهم بالليل وان كان له هرة تأكل الطيور فأكلت طيرا لغيره أو له كلب عقور فأتلف انسانا وجب عليه الضمان لأنه مفرط فى ترك حفظه

﴿ فصل ﴾ وان مرت بهيمة له بجوهرة لآخر فابتلعتها نظرت فان كان معها ضمن الجوهرة لأن فعلها منسوب اليه وقال أبو على ابن أبى هريرة ان كانت شاة لم يضمن وان كان بعيرا ضمن لأن العادة فى البعير أنه يضبط وفى الشاة أن ترسل وهذا فاسد لأنه يبطل بافساد الزرع لأنه لا فرق فيه بين الجميع فان لم يكن معها ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على ابن أبى هريرة أنه ان كان ذلك نهارا لم يضمن وان كان ليلا ضمن كالزرع والثانى وهو قول القاضى أبى الحسن الماوردى البصرى أنه يضمنها ليلا ونهارا والفرق بينه و بين الزرع أن رعى الزرع مألوف فلزم صاحبه حفظه منها وابتلاع الجوهرة غير مألوف فلم يلزم صاحبها حفظها منها فعلى هذا ان طلب صاحب الجوهرة ذبح البهيمة لأجل الجوهرة لم تذبح و يغرم قيمة الجوهرة فان دفع القيمة ثم ماتت البهيمة ثم أخرجت الجوهرة من جوفها وجب ردها الى صاحبها لأنها عين ماله واسترجعت القيمة فان نقصت قيمة الجوهرة بالابتلاع ضمن صاحب البهيمة ما نقص وان كانت البهيمة مأكولة ففى ذبحها وجهان بناء على القولين فيمن غصب خيطا وخاط به جرح حيوان مأكول

كتاب السير

من أسلم فى دار الحرب ولم يقدر على اظهار دينه وقدر على الهجرة وجبت عليه الهجرة لقوله عز وجل ان الذين توفاهم الملائكة ظالمى أنفسهم قالوا فيم كنتم قالوا كنا مستضعفين فى الارض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا وروى أن النبى ﷺ قال أنا برئ من كل مسلم مع مشرك فان لم يقدر على الهجرة لم تجب عليه لقوله عز وجل الا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله

(قوله بسلاح شاهر) أى سيف مسلول وقد ذكر

﴿ ومن كتاب السير ﴾

السير جمع سيرة وهى الطريق يقال سار بهم سيرة حسنة و يقال هم على سيرة واحدة أى على طريقة واحدة . والمهاجرة من أرض الى أرض هى ترك الاولى للثانية مشتق من الهجر الذى هو ضد الوصل . والجهاد مشتق من الجهد وهو المشقة يقال أجهد دابته اذا حمل عليها فى السير فوق طاقتها . وقيل هو المبالغة واستفراغ ما فى الوسع يقال جهد الرجل فى كذا أى جد فيه وبالغ و يقال اجهد جهدك فى هذا الامر أى ابلغ غايتك وقوله تعالى وجاهدوا فى الله حق جهاده . وأقسموا بالله جهد أيمانهم أى بالغوا فى اليمين واجتهدوا فيها . والغزو أصله الطلب يقال ما مغزاك من هذا الامر أى ما مطلبك . وسمى الغازى غازيا لطلبه الغزو وجمعه غزاة وغزى كناقص ونقص

عفوا غفورا وان قدر على اظهار الدين ولم يخف الفتنة فى الدين لم تجب عليه الهجرة لانه لما أوجب على المستضعفين دل على أنه لا تجب على غيرهم ويستحب له أن يهاجر لقوله عزوجل لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض ولانه اذا أقام فى دار الشرك كثر سوادهم ولانه لا يؤمن أن يميل اليهم ولأنه ربما ملك الدار فاسترق ولده

﴿ فصل ﴾ والجهاد فرض والدليل عليه قوله عزوجل كتب عليكم القتال وهو كره لكم وقوله تعالى وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم وهو فرض على الكفاية اذا قام به من فيه كفاية سقط الفرض عن الباقين لقوله عزوجل لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر والمجاهدون فى سبيل الله بأموالهم وأنفسهم فضل الله المجاهدين بأموالهم وأنفسهم على القاعدين درجة وكلا وعد الله الحسنى ولو كان فرضا على الجميع لما فاضل بين من فعل و بين من ترك ولانه وعد الجميع بالحسنى فدل على أنه ليس بفرض على الجميع وروى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ بعث الى بنى لحيان وقال ليخرج من كل رجلين رجل ثم قال للقاعدين أيكم خلف الخارج فى أهله وماله بخير كان له مثل نصف أجر الخارج ولانه لو جعل فرضا على الأعيان لاشتغل الناس به عن العمارة وطلب المعاش فيؤدى ذلك الى خراب الارض وهلاك الخلق

﴿ فصل ﴾ ويستحب الاكثار منه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال سئل رسول الله ﷺ أى الاعمال أفضل قال الايمان بالله ورسوله وجهاد فى سبيل الله وروى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال يا أبا سعيد من رضى بالله ربا وبالاسلام دينا وبمحمد ﷺ نبيا وجبت له الجنة فقال أعدها يا رسول الله ففعل ثم قال وأخرى يرفع الله بها العبد مائة درجة فى الجنة ما بين كل درجتين كما بين السماء والارض قلت وما هى يا رسول الله قال الجهاد فى سبيل الله الجهاد فى سبيل الله وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال والذى نفسى بيده لوددت أن أقاتل فى سبيل الله فأقتل ثم أحيا فأقتل ثم أحيا فأقتل وكان أبو هريرة يقول ثلاثا أشهد أن رسول الله ﷺ قالها ثلاثا وروى أن النبى ﷺ غزا سبعا وعشرين غزوة و بعث خمسا وثلاثين سرية

﴿ فصل ﴾ وأقل ما يجزئ فى كل سنة مرة لأن الجزية تجب فى كل سنة مرة وهى بدل عن القتل فكذلك القتل ولأن فى تعطيله فى أكثر من سنة يطمع العدو فى المسلمين فان دعت الحاجة فى السنة الى أكثر من مرة وجب لأنه فرض على الكفاية فوجب منه ما دعت الحاجة اليه فان دعت الحاجة الى تأخيره لضعف المسلمين أو قلة ما يحتاج اليه من قتالهم من العدة أو للطمع فى اسلامهم ونحو ذلك من الاعذار جاز تأخيره لأن النبى ﷺ أخر قتال قريش بالهدنة وأخر قتال غيرهم من القبائل بغير هدنة ولان ما يرجى من النفع بتأخيره أكثر مما يرجى من النفع بتقديمه فوجب تأخيره

﴿ فصل ﴾ ولا يجاهد أحد عن أحد بعوض وغير عوض لانه اذا حضر تعين عليه الفرض فى حق نفسه فلا يؤديه عن غيره كما لا يحج عن غيره وعليه فرضه

﴿ فصل ﴾ ولا يجب الجهاد على المرأة لما روت عائشة رضى الله عنها قالت سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجهاد فقال جهادكن الحج أو حسبكن الحج ولان الجهاد هو القتال وهن لا يقاتلن ولهذا رأى عمر بن أبى ربيعة امرأة مقتولة فقال

(قوله غير أولى الضرر) هم الاعمى والاعرج والمريض نزلت فى ابن أم مكتوم الاعمى. وبنو لحيان بطن من هذيل بكسر اللام (قوله أيكم خلف الخارج فى أهله) يقال خلفه اذا جاء من بعده وأراد بأهله ههنا زوجته وقد ذكر. و بعث خمسا وثلاثين سرية السرية قطعة من الجيش من خمسين الى أربعمائة اختارهم الامير مأخوذ من السرى وهو الجيد ومنه الحديث خير السرايا أربعمائة وقيل سميت السرية سرية لانها تستخفى فى قصدها فتسرى ليلها وهى فعيلة بمعنى فاعلة يقال سرى وأسرى ولا يكون الا بالليل (قوله بالهدنة) هى ترك الحرب وأصلها السكون (قوله حسبكن الحج) أى يكفيكن الحج أى حسبكن من المشقة والتعب ما تجدن من ألم السير للحج ومشقته قال الله تعالى يا أيها النبى حسبك الله أى كافيك الله يقال أحسبنى الشىء أى كفانى

ان من أكبر الكبائر عندى * قتل بيضاء حرة عطبول
كتب القتل والقتال علينا * وعلى الغانيات جر الذيول

ولا يجب على الخنثى المشكل لانه يجوز أن يكون امرأة فلا يجب عليه بالشك ولا يجب على العبد لقوله عز وجل ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج والعبد لا يجد ما ينفق وروى أن النبي ﷺ كان اذا أسلم عنده رجل لا يعرفه قال أحر هو أو مملوك فان قال أنا حر بايعه على الاسلام والجهاد وان قال أنا مملوك بايعه على الاسلام ولم يبايعه على الجهاد ولأنه عبادة تتعلق بقطع مسافة بعيدة فلا يجب على العبد كالحج

﴿ فصل ﴾ ولا يجب على الصبى والمجنون لما روى على كرم الله وجهه أن النبي ﷺ قال رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وروى عروة بن الزبير قال رد رسول الله ﷺ يوم بدر نفرا من أصحابه استصغرهم منهم عبد الله بن عمر وهو يومئذ ابن أربع عشرة سنة وأسامة بن زيد والبراء بن عازب وزيد بن ثابت وزيد بن أرقم وعرابة بن أوس ورجل من بنى حارثة فجعلهم حرسا للذرارى والنساء ولانه عبادة على البدن فلا يجب على الصبى والمجنون كالصوم والصلاة والحج

﴿ فصل ﴾ ولا يجب على الاعمى لقوله عز وجل ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج ولا يختلف أهل التفسير أنها فى سورة الفتح أنزلت فى الجهاد ولانه لا يصلح للقتال فلم يجب عليه وان كان فى بصره شىء فان كان يدرك الشخص وما يتقيه من السلاح وجب عليه لانه يقدر على القتال وان لم يدرك ذلك لم يجب عليه لأنه لا يقدر على القتال ويجب على الاعور والأعشى وهو الذى يبصر بالنهار دون الليل لأنه كالبصير فى القتال ولا يجب على الاعرج الذى يعجز عن الركوب والمشى للآية ولانه لا يقدر على القتال ويجب عليه اذا قدر على الركوب والمشى لانه يقدر على القتال ولا يجب على الاقطع والاشل لانه يحتاج فى القتال الى يد يضرب بها ويد يتقى بها وان قطع أكثر أصابعه لم يجب عليه لانه لا يقدر على القتال وان قطع الاقل وجب عليه لانه يقدر على القتال ولا يجب على المريض الثقيل للآية ولانه لا يقدر على القتال ويجب على من به حمى خفيفة أو صداع قليل لأنه يقدر على القتال

﴿ فصل ﴾ ولا يجب على الفقير الذى لا يجد ما ينفق فى طريقه فاضلا عن نفقة عياله لقوله عز وجل ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج فان كان القتال على باب البلد أو حواليه وجب عليه لانه لا يحتاج الى نفقة الطريق وان كان على مسافة تقصر فيها الصلاة ولم يقدر على مركوب يحمله لم يجب عليه لقوله عز وجل ولا على الذين اذا ما أتوك لتحملهم قلت لا أجد ما أحملكم عليه تولوا وأعينهم تفيض من الدمع حزنا أن لا يجدوا ما ينفقون ولأنها عبادة تتعلق بقطع مسافة بعيدة فلم تجب من غير مركوب كالحج وان بذل له الامام ما يحتاج اليه من مركوب وجب عليه أن يقبل ويجاهد لان ما يعطيه الامام حق له وان بذل له غيره لم يلزمه قبوله لانه اكتساب مال لتجب به العبادة فلم يجب كاكتساب المال للحج والزكاة

﴿ فصل ﴾ ولا يجب على من عليه دين حال أن يجاهد من غير اذن غريمه لما روى أبو قتادة رضى الله عنه أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أرأيت ان قتلت فى سبيل الله كفر الله خطاياى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان قتلت فى سبيل الله صابرا محتسبا مقبلا غير مدبر كفر الله خطاياك الا الدين كذلك قال لى جبريل ولأن فرض الدين متعين

(قوله حرة عطبول) الحرة الخالصة الحسب البرية من الريب. والحر الخالص من كل شىء. والعطبول المرأة الحسناء مع تمام خلق وتمام طول. وهذه المرأة ابنة النعمان بن بشير امرأة المختار بن أبى عبيد قتلها مصعب بن الزبير حين قتله فأنكر الناس عليه ذلك وأعظموه لارتكابه ما نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم (قوله كتب القتل) أى فرض وأوجب. والغانيات جمع غانية وهى التى استغنت بزوجها عن غيره وقيل استغنت بحسنها عن لباس الحلى والزينة. وجر الذيول أراد ما تجره المرأة خلفها من فضل ثوبها. وهو منهى عنه مكروه وبعد البيتين

قتلت باطلا على غير شىء * ان لله درها من قتيل

(قوله فجعلهم حرسا للذرارى) جمع حارس. والحراسة هى الحفظ حرسه حراسة أى حفظه ومنه حرس السلطان الذين يحفظونه
(قوله صابرا محتسبا) أى طالبا للثواب

عليه فلا يجوز تركه لفرض على الكفاية يقوم عنه غيره مقامه فان استناب من يقضيه من مال حاضر جاز لأن الغريم يصل الى حقه وان كان من مال غائب لم يجز لانه قد يتلف فيضيع حق الغريم وان كان الدين مؤجلا ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز أن يجاهد من غير اذن الغريم كما يجوز أن يسافر لغير الجهاد والثانى أنه لا يجوز لأنه يتعرض للقتل طلبا للشهادة فلا يؤمن أن يقتل فيضيع دينه

﴿فصل﴾ وان كان أحد أبويه مسلما لم يجز أن يجاهد بغير اذنه لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه قال جاء رجل الى رسول الله ﷺ يستأذنه فى الجهاد فقال أحى والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد وروى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال سألت النبى ﷺ أى الاعمال أفضل فقال الصلاة لميقاتها قلت ثم ماذا قال بر الوالدين قلت ثم ماذا قال الجهاد فى سبيل الله فدل على أن بر الوالدين مقدم على الجهاد ولان الجهاد فرض على الكفاية ينوب عنه فيه غيره وبر الوالدين فرض يتعين عليه لأنه لا ينوب عنه فيه غيره ولهذا قال رجل لابن عباس رضى الله عنه انى نذرت أن أغزو الروم وان أبوى منعانى فقال أطع أبويك فان الروم ستجد من يغزوها غيرك وان لم يكن له أبوان وله جد أو جدة لم يجز أن يجاهد من غير اذنهما لأنهما كالأبوين فى البر وان كان له أب وجد أو أم وجدة فهل يلزمه استئذان الاب مع الجد أو استئذان الجدة مع الأم فيه وجهان أحدهما لا يلزمه لأن الاب والأم يحجبان الجد والجدة عن الولاية والحضانة والثانى يلزمه وهو الصحيح عندى لان وجود الأبوين لا يسقط بر الجدين ولا ينقص شفقتهما عليه وان كان الابوان كافرين جاز أن يجاهد من غير اذنهما لأنهما متهمان فى الدين وان كانا مملوكين فقد قال بعض أصحابنا انه يجاهد من غير اذنهما لانه لا اذن لهما فى أنفسهما فلم يعتبر اذنهما لغيرهما قال الشيخ الامام وعندى أنه لا يجوز أن يجاهد الا باذنهما لأن المملوك كالحر فى البر والشفقة فكان كالحر فى اعتبار الاذن وان أراد الولد أن يسافر فى تجارة أو طلب علم جاز من غير اذن الابوين لأن الغالب فى سفره السلامة

﴿فصل﴾ وان أذن الغريم لغريمه أو الوالد لولده ثم رجعا أو كانا كافرين فأسلما فان كان ذلك قبل التقاء الزحفين لم يجز الخروج الا باذن وان كان بعد التقاء الزحفين ففيه قولان أحدهما أنه لا يجوز أن يجاهد الا باذن لانه عذر يمنع وجوب الجهاد فاذا طرأ منع من الوجوب كالعمى والمرض والثانى أنه يجاهد من غير اذن لانه اجتمع حقان متعينان وتعين الجهاد سابق فقدم وان أحاط العدو بهم تعين فرض الجهاد وجاز من غير اذن الغريم ومن غير اذن الابوين لان ترك الجهاد فى هذه الحالة يؤدى الى الهلاك فقدم على حق الغريم والأبوين

﴿فصل﴾ ويكره الغزو من غير اذن الامام أو الامير من قبله لان الغزو على حسب حال الحاجة والامام والامير أعرف بذلك ولا يحرم لانه ليس فيه أكثر من التغرير بالنفس والتغرير بالنفس يجوز فى الجهاد

﴿فصل﴾ ويجب على الامام أن يشحن ما يلى الكفار من بلاد المسلمين بجيوش يكفون من يليهم ويستعمل عليهم أمراء ثقات من أهل الاسلام مدبرين لانه اذا لم يفعل ذلك لم يؤمن اذا توجه فى جهة الغزو أن يدخل العدو من جهة أخرى فيملك بلاد الاسلام وان احتاج الى بناء حصن أو حفر خندق فعل لان النبى ﷺ حفر الخندق وقال البراء بن عازب رأيت النبى ﷺ يوم الخندق ينقل التراب حتى وارى التراب شعره وهو يرتجز برجز عبد الله بن رواحة وهو يقول اللهم لولا أنت ما اهتدينا *

(قوله التقاء الزحفين) الزحف الجيش. يزحفون الى العدو أى يمشون (قوله التغرير) التغرير بالنفس المخاطرة والتقدم على غير ثقة وما يؤدى الى الهلاك (قوله ويجب أن يشحن) أى يملأ يقال شحنت البلد بالخيل ملأته وبالبلد شحنة من الخيل أى رابطة قال الله تعالى فى الفلك المشحون أى المملوء (قوله مدبرين) المدبر الذى ينظر فى دبر الامر أى عاقبته (قوله برجز عبد الله بن رواحة وهو يقول اللهم لولا أنت ما اهتدينا) فيه خزم من طريق العروض ويستقيم وزنه لاهم والالف واللام زائدتان على الوزن وذلك يجىء فى الشعر كما روى عن على كرم الله وجهه

اشدد حيازيمك للموت * فان الموت لاقيكا
ولا تجزع من الموت * اذا حل بواديكا

ولا تصدقنا ولا صلينا * فأنزلن سكينة علينا * وثبت الاقدام ان لاقينا * واذا أراد الغزو بدأ بالأهم فالأهم لقوله عز وجل
قاتلوا الذين يلونكم من الكفار فاذا استوت الجهات في الخوف اجتهد وبدأ بأهمها عنده

﴿فصل﴾ واذا أراد الخروج عرض الجيش ولا يأذن لمخذل ولا لمن يعاون الكفار بالمكاتبة لقوله عز وجل لو خرجوا فيكم ما زادوكم الا خبالا ولأوضعوا خلالكم يبغونكم الفتنة قيل في التفسير لأوقعوا بينكم الاختلاف وقيل لأسرعوا في تفريق جمعكم ولان في حضورهم اضرارا بالمسلمين ولا نستعين بالكفار من غير حاجة لما روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ خرج الى بدر فتبعه رجل من المشركين فقال له تؤمن بالله ورسوله قال لا قال فارجع فلن أستعين بمشرك فان احتاج أن يستعين بهم فان لم يكن من يستعين به حسن الرأي في المسلمين لم نستعن به لان ما يخاف من الضرر بحضورهم أكثر مما يرجى من المنفعة وان كان حسن الرأي في المسلمين جاز أن نستعين بهم لان صفوان بن أمية شهد مع رسول الله ﷺ في شركه حرب هوزان وسمع رجلا يقول غلبت هوزان وقتل محمد فقال بفيك الحجر لرب من قريش أحب الى من رب من هوزان وان احتاج الى أن يستأجرهم جاز لانه لا يقع الجهاد له وفي القدر الذي يستأجر به وجهان أحدهما لا يجوز له أن تبلغ الاجرة سهم راجل لأنه ليس من أهل فرض الجهاد فلا يبلغ حقه سهم راجل كالصبي والمرأة والثاني وهو المذهب أنه يجوز لأنه عوض في الاجارة فجاز أن يبلغ قدر سهم الراجل كالاجرة في سائر الاجارات ويجوز أن يأذن للنساء لما روت الربيع بنت معوذ قالت كنا نغزو مع رسول الله ﷺ فنخدم القوم ونسقيهم الماء ونرد الجرحى والقتلى الى المدينة ويجوز أن يأذن لمن اشتد من الصبيان لان فيهم معاونة ولا يأذن لمجنون لأنه يعرضه للهلاك من غير منفعة وينبغي أن يتعاهد الخيل فلا يدخل حطبا وهو الكبير ولا قحما وهو الكبير ولا ضرعا وهو الصغير ولا أعجف وهو الهزيل لانه ربما كان سببا للهزيمة ولانه يزاحم به الغانمين في سهمهم ويأخذ البيعة على الجيش أن لا يفروا لما روى جابر رضي الله عنه قال كنا يوم الحديبية ألف رجل وأربعمائة فبايعناه تحت الشجرة على أن لا نفر ولم نبايعه على الموت يعني النبي ﷺ ويوجه الطلائع ومن يتجسس أخبار الكفار لما روى جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ يوم الخندق من يأتينا بخبر القوم فقال الزبير أنا فقال ان لكل نبي حوار يا وحواري الزبير والمستحب أن

فان قوله اشدد حزم كله والحزم بالزاي وزنه مفاعيلن ثلاث مرات وهو هزج (قوله فأنزلن سكينة علينا) السكينة فعيلة من السكون وهو الوقار والطمأنينة وما يسكن به الانسان وقيل هي الرحمة فيكون المعنى أنزل علينا رحمة أوما تسكن به قلوبنا من خوف العدو ورعبه. وأما السكينة التي في القرآن في قوله تعالى التابوت فيه سكينة من ربكم قيل له وجه مثل وجه الانسان ثم هي بعد ريح هفافة. وقيل لها رأس مثل رأس الهر وجناحان وهي من أمر الله عز وجل ولعلهم كانوا ينتصرون بها كما نصر بها طالوت على جالوت (قوله وثبت الاقدام ان لاقينا) يقال رجل ثبت في الحرب وثبت أي لا يزول عن مكانه عند لقاء العدو وقال الله تعالى وثبت أقدامنا ويجوز أن يكون ثابت القلب كما قيل * ثبت اذا صيح بالقوم وقر * (قوله عرض الجيش) يقال عرضت الجيش أي أظهرتهم فنظرت ما حولهم وكذلك عرضت الجارية على البيع عرضا أي أظهرتها لذلك. وقوله ولا يأذن لمخذل هو الذي يقول بالكفار كثرة وخيلهم جيدة وما شاكله يقصد بذلك خذلان المسلمين وهو التخلف عن النصرة وترك الاعانة يقال للظبي اذا تخلف عن القطيع خذل ويقال خذلت الوحشية اذا أقامت على ولدها وتخلفت قال طرفة * خذول تراعي ربربا بخميلة *
(قوله ما زادوكم الا خبالا) أي فسادا وقد خبله وخبله واختبله اذا أفسد عقله أو عضوه. ولأوضعوا خلالكم أي أسرعوا في السير يقال وضع البعير يضع وأوضعه راكبه اذا حمله على العدو السريع. وخلالكم بينكم. والخلة الفرجة بين الشيئين والجمع الخلال (قوله بفيك الحجر) يقال هذا لمن يتكلم بغير الحق دعاء على طريق التكذيب (قوله لرب من قريش) أي سيد والرب السيد الرئيس وكان يقال لحذيفة بن بدر رب معد أي سيدها (قوله ويوجه الطلائع ومن يتجسس) الطلائع جمع طليعة وهو من يبعث امام الجيش ليطلع طلع العدو أي ينظر اليهم. والتجسس بالجيم طلب الأخبار والبحث عنها وكذلك تحسس الخبر بالحاء ومنهم من يفرق بينهما فيقول تحسست بالحاء في الخير والشر وبالجيم في الشر لا غير قالوا والجاسوس صاحب سر الشر والناموس صاحب سر الخير وقيل بالحاء أن تطلبه لنفسك وبالجيم لغيرك (قوله ان لكل نبي حوار يا وحواري الزبير) قيل معناه أنه مخصص من أصحابي ومفضل من الخبز الحواري وهو أفضل الخبز وأرفعه. وحواري عيسى هم المفضلون عنده وخاصته وقيل لأنهم

يخرج يوم الخميس لما روى كعب بن مالك قال قلما كان رسول الله ﷺ يخرج فى سفر الى يوم الخميس ويستحب أن يعقد الرايات ويجعل تحت كل راية طائفة لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن أباسفيان أسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ياعباس احبسه على الوادى حتى تمر به جنود الله فيراها قال العباس فحبسته حيث أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم ومرت به القبائل على راياتها حتى مر به رسول الله ﷺ فى الكتيبة الخضراء كتيبة فيها المهاجرون والأنصار لايرى منهم الا الحدق من الحديد فقال من هؤلاء ياعباس قال قلت هذا رسول الله ﷺ فى المهاجرين والأنصار فقال مالاحد بهؤلاء من قبل والله ياأبا الفضل لقد أصبح ملك ابن أخيك الغداة عظيما والمستحب أن يدخل الى دار الحرب بتعبية الحرب لما روى أبو هريرة رضى الله الله عنه قال كنت مع النبى ﷺ يوم فتح مكة فجعل خالد بن الوليد على احدى المجنبتين وجعل الزبير على الاخرى وجعل أباعبيدة على الساقة و بطن الوادى ولأن ذلك أحوط للحرب وأبلغ فى ارهاب العدو

﴿فصل﴾ وان كان العدو ممن لم تبلغهم الدعوة لم يجز قتالهم حتى يدعوهم الى الاسلام لأنه لايلزمهم الاسلام قبل العلم والدليل عليه قوله عز وجل وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ولا يجوز قتالهم على مالايلزمهم وان بلغتهم الدعوة فالأحب أن يعرض عليهم الاسلام لما روى سهل بن سعد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلى كرم الله وجهه يوم خيبر اذا نزلت بساحتهم فادعهم الى الاسلام وأخبرهم بما يجب عليهم فوالله لأن يهدى الله بهداك رجلا واحدا خير لك من حمر النعم وان قاتلهم من غير أن يعرض عليهم الاسلام جاز لما روى نافع قال أغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بنى المصطلق وهم غارون و روى وهم غافلون

﴿فصل﴾ فان كانوا ممن لايجوز اقرارهم على الكفر بالجزية قاتلهم الى أن يسلموا لقوله ﷺ أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله الا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم الا بحقها وان كانوا ممن يجوز اقرارهم على الكفر بالجزية قاتلهم الى أن يسلموا أو يبذلوا الجزية والدليل عليه قوله تعالى قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولايحرمون ماحرم الله ورسوله ولايدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون و روى بريدة رضى الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث أميرا على جيش أو سرية قال اذا أنت لقيت عدوا من المشركين فادعهم الى احدى ثلاث خصال فأيتهن ماأجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الدخول فى الاسلام فان أجابوك فاقبل

كانوا يحورون ثيابهم أى يبيضونها والتحوير التبييض. وقيل لأنهم كانوا قصارين وقيل لأن الحوارى الناصر والصحيح أنه الخالص النقى من حورت الدقيق اذا أخلصته ونقيته من الحشو ويقال للنساء الحضر حواريات لبياضهن ونعمتهن (قوله فى الكتيبة الخضراء) الكتيبة قطعة من الجيش من أربعمائة الى ألف واشتقاقها من الكتب وهو الجمع والانضمام وقد ذكر وسميت خضراء لما يرى عليها من لون الحديد وخضرته وسواده والخضرة عند العرب السواد يقال ليل أخضر قاله ابن الاعرابى وأنشد

ناق خبى خببا زورا * وعارضى الليل اذا ما اخضرا

أى اسود (قوله مالأحد بهؤلاء من قبل) أى طاقة قال الله تعالى فلنأتينهم بجنود لاقبل لهم بها (قوله احدى المجنبتين) بكسر النون أى كتيبتين أخذتا الجانبين اليمين والشمال من جانبى الطريق ويقال المجنبة اليمنى والمجنبة اليسرى (قوله على الساقة) أى على آخر العسكر كأنهم يسوقون الذين قبلهم (قوله حمر النعم) خص الحمر دون غيرها لأنها عندهم خير المال. والنعم هى الابل والانعام الابل والبقر والغنم وقد سمى أيضا نعما قال الله تعالى فجزاء مثل ماقتل من النعم (قوله أغار رسول الله ﷺ على بنى المصطلق وهم غارون) أى غافلون على غير علم ولاحذر يقال رجل غر اذا لم يجرب الأمور بالكسر وفى الحديث المؤمن غر كريم. الغرة الغفلة والغار الغافل. وسمى المصطلق لحسن صوته والصلق الصوت الشديد عن الاصمعى وفى الحديث ليس منا من صلق ولاحلق (قوله عصموا منى دماءهم وأموالهم) أى منعوا. والعصمة المنع يقال عصمه الطعام أى منعه من الجوع. لاعاصم اليوم من أمر الله الا من رحم (قوله حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) عن يد أى عن قوة وقهر. وقيل عن نعمة عليهم بترك القتل. وقيل عن ذل وصغار. وصاغرون أذلاء. والصغار الذل. والأعراب من سكن البادية من العرب

منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار الهجرة فان فعلوا فأخبرهم أن لهم ما للمهاجرين وعليهم ما على المهاجرين فان دخلوا فى الاسلام وأبوا أن يتحولوا الى دار الهجرة فأخبرهم انهم كأعراب المؤمنين الذين يجرى عليهم حكم الله تعالى ولا يكون لهم فى الفىء والغنيمة شىء حتى يجاهدوا مع المؤمنين فان فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم وان أبوا فادعهم الى اعطاء الجزية فان فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم وان أبوا فاستعن بالله عليهم ثم قاتلهم ويستحب الاستنصار بالضعفاء لما روى أبو الدرداء رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ائتونى بضعفائكم فانما تنصرون وترزقون بضعفائكم ويستحب أن يدعوا عند التقاء الصفين لما روى أنس رضى الله عنه قال كان رسول الله ﷺ اذا غزا قال اللهم أنت عضدى وأنت ناصرى وبك أقاتل وروى أبو موسى الأشعرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا خاف أمرا قال اللهم انى أجعلك فى نحورهم وأعوذ بك من شرورهم ويستحب أن يحرض الجيش على القتال لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال يا معشر الانصار هذه أوباش قريش قد جمعت لكم اذا لقيتموهم غدا فاحصدوهم حصدا وروى سعد رضى الله عنه قال نثل لى رسول الله ﷺ كنانته يوم أحد وقال ارم فداك أبى وأمى ويستحب أن يكبر عند لقاء العدو لما روى أنس رضى الله عنه أن النبى ﷺ غزا خيبر فلما رأى القرية قال الله أكبر خربت خيبر انا اذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين قالها ثلاثا ولا يرفع الصوت بالتكبير لما روى أبو موسى الأشعرى قال كان رسول الله ﷺ فى غزوة فأشرفوا على واد فجعل الناس يكبرون ويهللون الله أكبر الله أكبر يرفعون أصواتهم فقال يا أيها الناس انكم لا تدعون أصم ولا غائبا انما تدعون قريبا سميعا انه معكم

﴿ فصل ﴾ واذا التقى الزحفان ولم يزد عدد الكفار على مثلى عدد المسلمين ولم يخافوا الهلاك تعين عليهم فرض الجهاد لقوله عز وجل الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا فان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين وان يكن منكم ألف يغلبوا ألفين وهذا أمر بلفظ الخبر لأنه لو كان خبرا لم يقع الخبر بخلاف المخبر فدل على أنه أمر المائة بمصابرة المائتين وأمر الألف بمصابرة الألفين ولا يجوز لمن تعين عليه أن يولى الا متحرفا لقتال وهو أن ينتقل من مكان الى مكان أمكن للقتال أو متحيزا الى فئة وهو أن ينضم الى قوم ليعود معهم الى القتال والدليل عليه قوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله وسواء كانت الفئة قريبة أو بعيدة والدليل عليه ما روى ابن عمر رضى الله عنه أنه كان فى سرية من سرايا رسول الله ﷺ فحاص الناس حيصة عظيمة وكنت ممن حاص فلما برزنا قلت كيف نصنع وقد فررنا من الزحف وبؤنا بغضب بنا فجلسنا

(قوله هذه أوباش قريش) الأوباش الجماعات والاخلاط من قبائل شتى ويقال أوشاب بتقديم الشين أيضا (قوله فاحصدوهم) اى استأصلوهم بالقتل وأصله من حصاد الزرع وهو قطعه قال الله تعالى فجعلناهم حصيدا (قوله نثل لى كنانته) اى صبها واستخرج ما فيها من النبل بمنزلة نثرها (قوله انا اذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين) ساحة القوم هى العرصة التى يديرون أخبيتهم حولها وساء نقيض سر يقال ساءه يسوءه سوءا بالفتح وساءه نقيض سره (قوله اذا لقيتم الذين كفروا زحفا) الزحف سير القوم الى القوم فى الحرب يقال زحفوا ودلفوا اذا تقاربوا ودنوا قليلا قليلا وقيل لبعض نساء العرب ما بالكن رسحا فقلن أرسحتنا نار الزحفين والرسحاء التى لا عجيزة لها. ومعنى نار الزحفين أن النار اذا اشتد لهبها رجعن عنها وتباعدن بجر أعجازهن ولا يمشين فاذا سكن لهبها وهان وهجها زحفن اليها وقربن منها (قوله متحرفا لقتال) تحرف وانحرف اذا مال. مأخوذ من حرف الشىء وهو طرفه أى مال عن معظم القتال ووسط الصف الى مكان أمكن له للكر والفر أو متحيزا يقال تحيز وانحاز وتحوز اذا انضم الى غيره. والحيز الفريق. والفئة الجماعة مشتق من الفأو وهو القطع كأنها انقطعت عن غيرها والجمع فئات وفئون وقال الهروى من فأيت رأسه وفأوته اذا شققته فانفأى (قوله فقد باء بغضب من الله) أى لزمه الغضب ورجع به وقد ذكر (قوله فحاص الناس حيصة) أى حادوا عن القتال وانهزموا يقال حاص عن القتال يحيص حيصا اذا حاد عنه. وبؤنا بغضب بنا أى انصرفنا وقد لزمنا الغضب. وتبوأ المنزل اذا لزمه وروى حاص بالحاء والصاد المهملتين ومعناه هربوا من قوله تعالى ولا يجدون عنها محيصا أى هربا ومفرا وقوله تعالى ما لنا من محيص أى مفر

لرسول الله ﷺ قبل صلاة الفجر فلما خرج قمنا وقلنا نحن الفرارون فقال لا بل أنتم العكارون فدنونا فقبلنا يده فقال أنا فئة المسلمين وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال أنا فئة كل مسلم وهو بالمدينة وجيوشه فى الآفاق فان ولى غير متحرف لقتال أو متحيزا الى فئة أثم وارتكب كبيرة والدليل عليه ماروى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال الكبائر سبع أولهن الشرك بالله وقتل النفس بغير حقها وأكل الربا وأكل مال اليتيم بدارا أن يكبروا وفرار يوم الزحف ورمى المحصنات وانقلاب الى الاعراب فان غلب على ظنهم انهم ان ثبتوا المثليهم هلكوا ففيه وجهان أحدهما ان لهم أن يولوا لقوله عزوجل ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة والثانى انه ليس لهم أن يولوا وهو الصحيح لقوله عزوجل اذا لقيتم فئة فاثبتوا ولان المجاهد انما يقاتل ليقتل أو يقتل وان زاد عدد الكفار على مثلى عدد المسلمين فلهم أن يولوا لانه لما أوجب الله عزوجل على المائة مصابرة المائتين دل على انه لايجب عليهم مصابرة مازاد على المائتين وروى عطاء عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال من فر من اثنين فقد فر ومن فر من ثلاثة فلم يفر وان غلب على ظنهم انهم لايهلكون فالأفضل أن يثبتوا حتى لاينكسر المسلمون وان غلب على ظنهم أنهم يهلكون ففيه وجهان أحدهما انه يلزمهم أن ينصرفوا لقوله عزوجل ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة والثانى انه يستحب أن ينصرفوا ولا يلزمهم لانهم ان قتلوا فازوا بالشهادة وان لقى رجل من المسلمين رجلين من المشركين فى غير الحرب فان طلباه ولم يطلبهما فله أن يولى عنهما لانه غير متأهب للقتال وان طلبهما ولم يطلباه ففيه وجهان أحدهما ان له أن يولى عنهما لان فرض الجهاد فى الجماعة دون الانفراد والثانى انه يحرم عليه أن يولى عنهما لانه مجاهد لهما فلم يول عنهما كما لو كان مع جماعة

﴿ فصل ﴾ ويكره أن يقصد قتل ذى رحم محرم لان رسول الله ﷺ منع أبا بكر رضى الله عنه من قتل ابنه فان قاتله لم يكره أن يقصد قتله كما لا يكره اذا قصد قتله وهو مسلم وان سمعه يذكر الله عزوجل أو رسوله صلى الله عليه وسلم بسوء لم يكره أن يقتله لان أبا عبيدة بن الجراح رضى الله عنه قتل أباه وقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم سمعته يسبك ولم ينكره عليه

﴿ فصل ﴾ ولايجوز قتل نسائهم ولاصبيانهم اذا لم يقاتلوا لماروى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن قتل النساء والصبيان ولايجوز قتل الخنثى المشكل لانه يجوز أن يكون رجلا ويجوز أن يكون امرأة فلم يقتل مع الشك وان قاتلوا جاز قتلهم لماروى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى ﷺ مر بامرأة مقتولة يوم حنين فقال من قتل هذه فقال رجل أنا يارسول الله غنمتها فأردفتها خلفى فلما رأت الهزيمة فينا أهوت الى سيفى أو الى قائم سيفى لتقتلنى فقتلتها فقال النبى ﷺ مابال النساء ماشأن قتل النساء ولو حرم ذلك لانكره النبى ﷺ ولانه اذا جاز قتلهن اذا قصدن القتل وهن مسلمات فلان يجوز قتلهن وهن كافرات أولى

﴿ فصل ﴾ وأما الشيخ الذى لاقتال فيه فان كان له رأى فى الحرب جاز قتله لان دريد بن الصمة كان شيخا كبيرا وكان له رأى فانه أشار على هوازن يوم حنين ألا يخرجوا معهم بالذرارى فخالفه مالك بن عوف فخرج بهم فهزموا فقال دريد فى ذلك

أمرتهم أمرى بمنعرج اللوى * فلم يستبينوا الرشد الاضحى الغد

وقتل ولم ينكر النبى ﷺ قتله ولان الرأى فى الحرب أبلغ من القتال لانه هو الأصل وعنه يصدر القتال ولهذا قال المتنبى

الرأى قبل شجاعة الشجعان * هو أول وهى المحل الثانى

فاذا هما اجتمعا لنفس مرة * بلغت من العلياء كل مكان

(قوله بل أنتم العكارون) هم الكرارون العطافون فى القتال يقال عكر يعكر عكرا اذا عطف والعكرة الكرة (قوله وانقلاب الى الاعراب) لعله ترك الجمعة والجماعة والجهاد (قوله بمنعرج اللوى) منعرج الوادى منعطفه يمنة ويسرة واللوى منقطع الرمل وهو الجدد بعد الرملة (قوله الرشد) ضد الغى شبيه بالصواب ضد الخطأ (قوله لنفس مرة) بضم الميم والخفض صفة لنفس أى قوى والمرة القوة وهو مضبوط فى ديوانه هكذا. وكذا رواه الكرمانى بالضم وسماعنا بفتح الميم والنصب

ولربما طعن الفتى أقرانه * بالرأي قبل تطاعن الفرسان

وان لم يكن له رأي ففيه وفي الراهب قولان أحدهما انه يقتل لقوله عز وجل فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولأنه ذكر مكلف حربي فجاز قتله بالكفر كالشاب والثاني انه لا يقتل لما روى ان أبا بكر الصديق رضي الله عنه قال ليزيد بن أبي سفيان وعمرو ابن العاص وشرحبيل بن حسنة لما بعثهم الى الشام لا تقتلوا الولدان ولا النساء ولا الشيوخ وستجدون أقواما حبسوا أنفسهم على الصوامع فدعوهم وما حبسوا له أنفسهم ولانه لا نكاية له في المسلمين فلم يقتل بالكفر الأصلي كالمرأة

﴿ فصل ﴾ ولا يقتل رسولهم لما روى أبو وائل قال لما قتل عبد الله بن مسعود ابن النواحة قال ان هذا وابن أثال قدكانا أتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم رسولين لمسيلمة فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم أتشهدان أني رسول الله قالا نشهد ان مسيلمة رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو كنت قاتلا رسولا لضربت أعناقكما فجرت سنة أن لا تقتل الرسل

﴿ فصل ﴾ فان تترسوا بأطفالهم ونسائهم فان كان في حال التحام الحرب جاز رميهم ويتوقى الأطفال والنساء لانا لو تركنا رميهم جعل ذلك طريقا الى تعطيل الجهاد وذريعة الى الظفر بالمسلمين وان كان في غير حال الحرب ففيه قولان أحدهما انه يجوز رميهم لان ترك قتالهم يؤدي الى تعطيل الجهاد والثاني انه لا يجوز رميهم لأنه يؤدي الى قتل أطفالهم ونسائهم من غير ضرورة وان تترسوا بمن معهم من أسارى المسلمين فان كان ذلك في حال التحام الحرب جاز رميهم ويتوقى المسلم لما ذكرناه وان كان في غير حال التحام الحرب لم يجز رميهم قولا واحدا والفرق بينهم وبين أطفالهم ونسائهم ان المسلم محقون الدم لحرمة الدين فلم يجز قتله من غير ضرورة والاطفال والنساء حقن دمهم لانهم غنيمة للمسلمين فجاز قتلهم من غير ضرورة وان تترسوا بأهل الذمة أو بمن بيننا وبينهم أمان كان الحكم فيه كالحكم فيه اذا تترسوا بالمسلمين لانه يحرم قتلهم كما يحرم قتل المسلمين

﴿ فصل ﴾ وان نصب عليهم منجنيقا أو بيتهم ليلا وفيهم نساء وأطفال جاز لما روى علي كرم الله وجهه أن النبي ﷺ نصب المنجنيق على أهل الطائف وان كانت لا تخلو من النساء والأطفال وروى الصعب بن جثامة قال سألت النبي ﷺ عن الذراري من المشركين يبيتون فيصاب من نسائهم وذراريهم فقال هم منهم ولان الكفار لا يخلون من النساء والأطفال فلو تركنا رميهم لأجل النساء والأطفال بطل الجهاد وان كان فيهم أسارى من المسلمين نظرت فان خيف منهم انهم ان تركوا قاتلوا وظفروا بالمسلمين جاز رميهم لان حفظ من معنا من المسلمين أولى من حفظ من معهم وان لم يخف منهم نظرت فان كان الاسرى قليلا جاز رميهم لان الظاهر أنه لا يصيبهم والاولى أن لا نرميهم لانا نأمن أن نصيب المسلمين وان كانوا كثيرا لم يجز رميهم لأن الظاهر أنه يصيب المسلمين وذلك لا يجوز من غير ضرورة

﴿ فصل ﴾ ويجوز قتل ما يقاتلون عليه من الدواب لما روى ان حنظلة بن الراهب عقر بأبي سفيان فرسه فسقط عنه فجلس على صدره فجاء ابن شعوب فقال

لاحمين صاحبي ونفسي * بطعنة مثل شعاع الشمس

فقتل حنظلة واستنقذ أبا سفيان ولم ينكر النبي ﷺ فعل حنظلة ولان بقتل الفرس يتوصل الى قتل الفارس

(قوله أقرانه) جمع قرن بكسر القاف وهو الكفؤ في الشجاعة يقال فلان قرن فلان أي نظيره وكفؤه عند القتال (قوله لا نكاية) النكاية أن يقتل ويجرح يقال نكيت في العدو انكي نكاية بغير همز اذا بالغت فيهم قتلا وجرحا أوجرحا وقد ذكر (قوله أو بيتهم ليلا) يقال بيت العدو اذا أوقع بهم ليلا والاسم البيات ومثله يبيتون (قوله الذراري) هم الأطفال والصغار الذين لم يبلغوا الحلم وأصلها من ذرأ الله الخلق أي خلقهم فترك همزها استخفافا كما ترك همز البرية وأصلها من برأ الله الخلق ووزنها فعلية وقال بعضهم هي مأخوذة من الذر لأن الله أخرج الخلق من صلب آدم أمثال الذر وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى وقيل أصلها ذرروة على وزن فعلولة فأبدلت الواو الأخيرة ياء فاجتمعت الواو والياء وسكنت الأولى منهما فقلبت الواو ياء وأدغمت

﴿ فصل ﴾ وان احتيج الى تخريب منازلهم وقطع أشجارهم ليظفروا بهم جاز ذلك وان لم يحتج اليه نظرت فان لم يغلب على الظن انها تملك عليهم جاز فعله وتركه وان غلب على الظن انها تملك عليهم ففيه وجهان أحدهما لا يجوز لانها تصير غنيمة فلا يجوز اتلافها والثانى ان الاولى أن لا يفعل فان فعل جاز لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرق على بنى النضير وقطع البويرة فانزل الله عز وجل ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فباذن الله وليخزى الفاسقين

﴿ فصل ﴾ و يجوز للمسلم أن يؤمن من الكفار آحادا لا يتعطل بأمانهم الجهاد فى ناحية كالواحد والعشرة والمائة وأهل القلعة لما روى عن على كرم الله وجهه أنه قال ما عندى شيء الا كتاب الله عزوجل وهذه الصحيفة عن النبى ﷺ أن ذمة المسلمين واحدة فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين و يجوز للمرأة من ذلك ما يجوز للرجل لما روى ابن عباس رضى الله عنه عن أم هانئ رضى الله عنها أنها قالت يا رسول الله يزعم ابن أمى أنه قاتل من أجرت فقال رسول الله ﷺ قد أجرت من أجرت يا أم هانئ و يجوز ذلك للعبد لما روى عبد الله ابن عمرو أن النبى ﷺ قال يجير على المسلمين أدناهم وروى فضل بن يزيد الرقاشى قال جهز عمر ابن الخطاب رضى الله عنه جيشا كنت فيه فحصرنا قرية من قرى رام هرمز فكتب عبد منا أمانا فى صحيفة وشدها مع سهم ورمى به اليهم فأخذوها وخرجوا بأمانه فكتب بذلك الى عمر رضى الله عنه فقال العبد المسلم رجل من المسلمين ذمته ذمتهم ولا يصح ذلك من صبى ولا مجنون ولا مكره لانه عقد فلم يصح منهم كسائر العقود فان دخل مشرك على أمان واحد منهم فان عرف ان أمانه لا يصح حل قتله لانه حربى ولا أمان له وان لم يعرف ان أمانه لا يصح فلا يحل قتله الى أن يرجع الى مأمنه لانه دخل على أمان و يصح الامان بالقول وهو أن يقول أمنتك أو أجرتك أو أنت آمن أو مجار أو لا بأس عليك أو لا خوف عليك أو لا تخف أو مترس بالفارسية وما أشبه ذلك لان النبى ﷺ قال يوم فتح مكة من دخل دار أبى سفيان فهو آمن وقال لام هانئ قد أجرت من أجرت وقال أنس لعمر رضى الله عنه فى قصة هرمز أن ليس لك الى قتله من سبيل قلت له تكلم لا بأس عليك فامسك عمر وروى زر عن عبد الله أنه قال ان الله يعلم كل لسان فمن أتى منكم أعجميا وقال مترس فقد أمنه و يصح الامان بالاشارة لما روى أبو سلمة قال قال عمر رضى الله عنه والذى نفس عمر بيده لو أن أحدكم أشار باصبعه الى مشرك ثم نزل اليه على ذلك ثم قتله لقتلته فان أشار اليه بالامان ثم قال لم أرد الامان قبل قوله لانه أعرف بما أراده و يعرف المشرك أنه لا أمان له ولا يتعرض له الى أن يرجع الى مأمنه لانه دخل على أنه آمن وان أمن مشركا فرد الامان لم يصح الامان لانه ايجاب حق لغيره بعقد فلم يصح مع الرد كالايجاب فى البيع والهبة وان أمن أسيرا لم يصح الامان لانه يبطل ما ثبت للامام فيه من الخيار بين القتل والاسترقاق والمن والفداء وان قال كنت أمنته قبل الاسر لم يقبل قوله لانه لا يملك عقد الامان فى هذه الحال فلم يقبل اقراره به

﴿ فصل ﴾ وان أسر امرأة حرة أو صبيا حرا رق بالاسر لان النبى ﷺ قسم سبى بنى المصطلق واصطفى صفية من سبى خيبر وقسم سبى هوازن ثم استنزلته هوازن فنزل واستنزل الناس فنزلوا وان أسر حر بالغ من أهل القتال فللامام أن يختار ما يرى من القتل والاسترقاق والمن والفداء فان رأى القتل قتل لقوله عزوجل فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولان النبى ﷺ

(قوله وقطع البويرة) بغير همز اسم موضع وليس بتصغير بئر وقوله تعالى ما قطعتم من لينة اللين نوع من النخل قيل هو الدقل وقيل هو الجعرور ضربان رديان من التمر . واللينة النخلة الواحدة وأصلها لونة فقلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها وأصلها من اللون على هذا وهو قول العزيزى . قالوا ألوان النخل ما عدا البرنى والعجوة

(قوله فمن أخفر مسلما) أى نقض عهده وذمته يقال اخفرت الرجل اذا نقضت عهده وخفرته بغير همز أجرته

(قوله اصطفى صفية من سبى خيبر) أى اختارها مأخوذ من صفوة المال وهو خياره وسميت صفية لذلك وقيل كان ذلك اسمها من قبل أن تسبى (قوله استنزلته هوازن فنزل) يقال استنزل فلان أى حط عن منزلته فمعناه طلبوا منه أن ينحط عما ملكه . واستنزل الناس طلبهم أن يحطوا و يتركوا ما ملكوه من السبى ومثله استنزله من ثمن المبيع

قتل يوم بدر ثلاثة من المشركين من قريش مطعم بن عدى والنضر بن الحارث وعقبة بن أبى معيط وقتل يوم أحد أبا عزة الجمحى وقتل يوم الفتح ابن خطل وان رأى المن عليه جاز لقوله عز وجل فاما منا بعد واما فداء ولان النبى ﷺ من على أبى عزة الجمحى ومن على ثمامة الحنفى ومن على أبى العاص بن الربيع وان رأى أن يفادى بمال أو بمن أسر من المسلمين فادى به لقوله عز وجل فاما منا بعد واما فداء وروى عمران بن الحصين رضى الله عنه أن النبى ﷺ فادى أسيرا من عقيل برجلين من أصحابه أسرهما ثقيف وان رأى أن يسترقه فان كان من غير العرب نظرت فان كان ممن له كتاب أو شبه كتاب استرقه لما روى عن ابن عباس أنه قال فى قوله عز وجل ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الارض وذلك يوم بدر والمسلمون يومئذ قليل فلما كثروا واشتد سلطانهم أمر الله عز وجل فى الاسارى فاما منا بعد واما فداء فجعل الله سبحانه وتعالى للنبى ﷺ والمؤمنين فى أمر الاسارى بالخيار ان شاءوا قتلوا وان شاءوا استعبدوهم وان شاءوا فادوهم فان كان من عبدة الاوثان ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه لا يجوز استرقاقه لانه لا يجوز اقراره على الكفر بالجزية فلم يجز الاسترقاق كالمرتد والثانى أنه يجوز لما رويناه عن ابن عباس ولان من جاز المن عليه فى الاسر جاز استرقاقه كأهل الكتاب وان كان من العرب ففيه قولان قال فى الجديد يجوز استرقاقه والمفاداة به وهو الصحيح لان من جاز المن عليه والمفاداة به من الاسارى جاز استرقاقه كغير العرب وقال فى القديم لا يجوز استرقاقه لما روى معاذ رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال يوم حنين لو كان الاسترقاق ثابتا على العرب لكان اليوم وانما هو أسر وفداء فان تزوج عربى بأمة فأتت منه بولد فعلى القول الجديد الولد مملوك وعلى القديم الولد حر ولا ولاء عليه لانه حر من الاصل

﴿ فصل ﴾ ولا يختار الامام فى الاسير من القتل والاسترقاق والمن والفداء الا ما فيه الحظ للاسلام والمسلمين لانه ينظر لهما فلا يفعل الا ما فيه الحظ لهما فان بذل الاسير الجزية وطلب أن تعقد له الذمة وهو ممن يجوز أن تعقد له الذمة ففيه وجهان أحدهما أنه يجب قبولها كما يجب اذا بذل وهو فى غير الاسر وهو ممن يجوز أن تعقد له الذمة والثانى أنه لا يجب لانه يسقط بذلك ما ثبت من اختيار القتل والاسترقاق والمن والفداء وان قتله مسلم قبل أن يختار الامام ما يراه عزر القاتل لافتياته على الامام ولا ضمان عليه لانه حربى لا أمان له وان أسلم حقن دمه لقوله ﷺ أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم الا بحقها وهل يرق بالاسلام أو يبقى الخيار فيه بين الاسترقاق والمن والفداء فيه قولان أحدهما أنه يرق بنفس الاسلام ويسقط الخيار فى الباقى لأنه أسير لا يقتل فرق كالصبى والمرأة والثانى أنه لا يرق بل يبقى الخيار فى الباقى لما روى عمران بن الحصين رضى الله عنه أن الاسير العقيلى قال يا محمد انى مسلم ثم فاداه برجلين ولأن ما ثبت الخيار فيه بين أشياء اذا سقط أحدها لم يسقط الخيار فى الباقى ككفارة اليمين اذا عجز فيها عن العتق فعلى هذا اذا اختار الفداء لم يجز أن يفادى به الا أن يكون له عشيرة يأمن معهم على دينه ونفسه وان أسر شيخ لا قتال فيه ولا رأى له فى الحرب فان قلنا انه يجوز قتله فهو كغيره فى الخيار بين القتل والاسترقاق والمن والفداء وان قلنا لا يجوز قتله فهو كغيره اذا أسلم فى الاسر وقد بيناه

﴿ فصل ﴾ وان رأى الامام القتل ضرب عنقه لقوله عز وجل فاذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب ولا يمثل به لما روى بريدة قال كان رسول الله ﷺ اذا أمر أميرا على جيش أو سرية قال اغزوا باسم الله قاتلوا من كفر بالله ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تغلوا ويكره حمل رأس من قتل من الكفار الى بلاد المسلمين لما روى عقبة بن عامر أن شرحبيل بن حسنة وعمرو بن العاص بعثا بريدا الى أبى بكر الصديق رضى الله عنه برأس يناق البطريق فقال أتحملون الجيف الى مدينة رسول الله ﷺ قلت يا خليفة رسول الله انهم يفعلون بنا هكذا قال لا تحملوا الينا منهم شيئا وان اختار استرقاقه كان للغانمين وان فاداه بمال

(قوله لا تغدروا) لا تتركوا الوفاء بالذمة. ولا تمثلوا لا تجدعوا الأنف ولا تصلوا الاذن ونحوه. ولا تغلوا لا تخونوا فتخفوا شيئا من الغنيمة (قوله بعثا بريدا) أى رسولا وقد ذكر (قوله يناق البطريق) بتقديم الياء على النون والتشديد قال الصغانى فى التكملة ويخفف نونه أيضا وهو جد الحسن بن مسلم بن يناق من تابع التابعين. والبطريق عند الروم مثل الرئيس عند العرب وجمعه بطارقة

كان للغانمين وان أراد أن يسقط منهم شيئا من المال لم يجز الا برضا الغانمين لما روى عروة بن الزبير أن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة أخبراه أن رسول الله ﷺ جاءه وفد هوازن مسلمين فقال ان اخوانكم هؤلاء جاءوا تائبين وانى قد رأيت أن أرد اليهم فمن أحب منكم أن يطيب ذلك فليفعل ومن أحب منكم أن يكون على حقه حتى نعطيه اياه من أول ما يفيء الله علينا فليفعل فقال الناس قد طيبنا لك يا رسول الله قال الزهري أخبرني سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير أن رسول الله ﷺ رد ستة آلاف سبي من سبي هوازن من النساء والصبيان والرجال الى هوازن حين أسلموا وان أسر عبد فرأى الامام أن يمن عليه لم يجز الا برضا الغانمين وان رأى قتله لشره وقوته قتله وضمن قيمته للغانمين لأنه مال لهم

﴿ فصل ﴾ وان دعا مشرك الى المبارزة فالمستحب أن يبرز اليه مسلم لما روى أن عتبة وشيبة ابني ربيعة والوليد بن عتبة دعوا الى المبارزة فبرز اليهم حمزة بن عبد المطلب وعلي بن أبي طالب وعبيدة بن الحرث ولأنه اذا لم يبرز اليه أحد ضعفت قلوب المسلمين وقويت قلوب المشركين فان بدأ المسلم ودعا الى المبارزة لم يكره وقال أبو علي ابن أبي هريرة يكره لأنه ربما قتل وانكسرت قلوب المسلمين والصحيح أنه لا يكره لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ سئل عن المبارزة بين الصفين فقال لا بأس ويستحب أن لا يبارز الا القوي في الحرب لأنه اذا بارز ضعيف لم يؤمن أن يقتل فيضعف قلوب المسلمين وان بارز ضعيف جاز ومن أصحابنا من قال لا يجوز لأن القصد من المبارزة اظهار القوة وذلك لا يحصل من مبارزة الضعيف والصحيح هو الأول لأن التغرير بالنفس يجوز في الجهاد ولهذا يجوز للضعيف أن يجاهد كما يجوز للقوي والمستحب أن لا يبارز الا باذن الأمير ليكون ردءا له اذا احتاج فان بارز بغير اذنه جاز ومن أصحابنا من قال لا يجوز لأنه لا يؤمن أن يتم عليه ما ينكسر به الجيش والصحيح أنه يجوز لأن التغرير بالنفس في الجهاد جائز وان بارز مشرك مسلما نظرت فان بارز من غير شرط جاز لكل أحد أن يرميه لأنه حربي لا أمان له وان شرط أن لا يقاتله غير من برز اليه لم يجز رميه وفاء بشرطه فان ولى عنه مختارا أو مثخنا أو ولى عنه المسلم مختارا أو مثخنا جاز لكل أحد رميه لأنه شرط الأمان في حال القتال وقد انقضى القتال فزال الأمان وان استنجد المشرك أصحابه في حال القتال فأنجدوه أو بدأ المشركون بمعاونته فلم يمنعهم جاز لكل أحد رميه لأنه نقض الأمان وان أعانوه فمنعهم فلم يقبلوا منه فهو على أمانه لأنه لم ينقض الأمان ولا انقضى القتال وان لم يشترط ولكن العادة في المبارزة أن لا يقاتله غير من برز اليه فقد قال بعض أصحابنا انه يستحب أن لا يرميه غيره وعندي أنه لا يجوز لغيره رميه وهو ظاهر النص لأن العادة كالشرط فان شرط أن لا يقاتله غيره ولا يتعرض له اذا انقضى القتال حتى يرجع الى موضعه وفى له بالشرط فان ولى عنه المسلم فتبعه ليقتله جاز لكل أحد أن يرميه لأنه نقض الشرط فسقط أمانه

﴿ فصل ﴾ وان غرر بنفسه من له سهم في قتل كافر مقبل على الحرب فقتله استحق سلبه لما روى أبو قتادة قال خرجنا مع رسول الله ﷺ يوم حنين فرأيت رجلا من المشركين علا رجلا من المسلمين فاستدرت له حتى أتيته من ورائه فضربته على حبل عاتقه فأقبل علي فضمني ضمة وجدت منها ريح الموت ثم أدركه الموت فقال رسول الله ﷺ من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه فقصصت عليه فقال رجل صدق يا رسول الله وسلب ذلك الرجل عندي فأرضه فقال أبو بكر رضي الله عنه لا ها الله اذا لا يعمد الى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن دين الله فيعطيك سلبه فقال رسول الله ﷺ صدق فأعطه اياه فأعطاني اياه

(قوله فمن أحب منكم أن يطيب) معناه من أحب أن يهب بطيب نفس منه . وطيبنا لك وهبنا لك عن طيب أنفسنا ومنه سبي طيبة بكسر الطاء وفتح الياء صحيح السباء لم يكن عن غدر ولا نقض عهد (قوله وان دعا مشرك الى المبارزة) أصل البروز الظهور في البراز وهو المكان الفضاء الواسع وهو ههنا ظهور المتحاربين بين الصفين لا يستتران بغيرهما من أهل الحرب قال الله تعالى وترى الأرض بارزة أي ظاهرة ليس فيها ظل ولا فيء (قوله مختارا أو مثخنا) أثخنته الجراحة اذا أوهنته بألمها وأثخنه المرض اشتد عليه وقال الأزهري أثخنه تركه وقيذا لا حراك به مجروحا وقوله تعالى حتى يثخن في الأرض أي يكثر القتل والايقاع بالعدو. وقال الازهري يثخن يبالغ في قتل أعدائه (قوله استنجد المشرك) أي استعان وأنجدته أعنته والنجدة الشجاعة أيضا يقال رجل نجد ونجد أي شجاع (قوله حبل عاتقه) قال الازهري حبل العاتق عرق يظهر على عاتق الرجل يتصل بحبل الوريد في باطن العنق. قال وانما سمي السلب سلبا لان قاتله يسلبه فهو مسلوب وسليب

فبعث الدرع فابتعت به مخرفا في بني سلمة وانه لأول مال تأثلته في الاسلام فان كان ممن لاحق له في الغنيمة كالمخذل والكافر اذا حضر من غير اذن لم يستحق لأنه لاحق له في السهم الراتب فلان لا يستحق السلب وهو غير راتب أولى فان كان ممن يرضخ له كالصبي والمرأة والكافر اذا حضر بالاذن ففيه وجهان أحدهما أنه لا يستحق لما ذكرناه والثاني أنه يستحق لأن له حقا في الغنيمة فأشبه من له سهم وان لم يغرر بنفسه في قتله بأن رماه من وراء الصف فقتله لم يستحق سلبه وان قتله وهو غير مقبل على الحرب كالأسير والمثخن والمنهزم لم يستحق سلبه وقال أبو ثور كل مسلم قتل مشركا استحق سلبه لما روى أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال من قتل كافرا فله سلبه ولم يفصل وهذا لا يصح لأن ابن مسعود رضي الله عنه قتل أبا جهل وكان قد أثخنه غلامان من الأنصار فلم يدفع النبي ﷺ سلبه الى ابن مسعود وان قتله وهو مول ليكر استحق السلب لأن الحرب كر وفر وان اشترك اثنان في القتل اشتركا في السلب لاشتراكهما في القتل وان قطع أحدهما يديه أو رجليه وقتله الآخر ففيه قولان أحدهما أن السلب للأول لأنه عطله والثاني ان السلب للثاني لأنه هو الذي كف شره دون الأول لأن بعد قطع اليدين يمكنه أن يعدو أو يجلب وبعد قطع الرجلين يمكنه أن يقاتل اذا ركب وان غرر من له سهم فأسر رجلا مقبلا على الحرب وسلمه الى الامام حيا ففيه قولان أحدهما لا يستحق سلبه لأنه لم يكف شره بالقتل والثاني انه يستحق لأن تغريره بنفسه في أسره ومنعه من القتال أبلغ من القتل وان من عليه الامام أو قتله استحق الذي أسره سلبه وان استرقه أو فاداه بمال ففي رقبته وفي المال المفادى به قولان أحدهما أنه للذي أسره والثاني أنه لا يكون له لأنه مال حصل بسبب تغريره فكان فيه قولان كالسلب

﴿ فصل ﴾ والسلب ما كان يده عليه من جنة الحرب كالثياب التي يقاتل فيها والسلاح الذي يقاتل به والمركوب الذي يقاتل عليه فأما ما لا يده عليه كخيمته وما في رحله من السلاح والكراع فلا يستحق سلبه لأنه ليس من السلب وأما ما في يده مما لا يقاتل به كالطوق والمنطقة والسوار والخاتم وما في وسطه من النفقة ففيه قولان أحدهما أنه ليس من السلب لأنه ليس من جنة الحرب والثاني أنه من السلب لأن يده عليه فهو كجنة الحرب ولا يخمس السلب لما روى عوف بن مالك وخالد بن الوليد رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قضى في السلب للقاتل ولم يخمس السلب

﴿ فصل ﴾ وان حاصر قلعة ونزل أهلها على حكم حاكم جاز لأن بني قريظة نزلوا على حكم سعد بن معاذ فحكم بقتل رجالهم وسبي نسائهم وذراريهم فقال رسول الله ﷺ لقد حكمت فيهم بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة ويجب أن يكون الحاكم حرا مسلما ذكرا بالغا عاقلا عدلا عالما لأنه ولاية حكم فشرط فيها هذه الصفات كولاية القضاء ويجوز أن يكون أعمى لأن الذي يقتضي الحكم هو الذي يشتهر من حالهم وذلك يدرك بالسماع فصح من الأعمى كالشهادة فيما طريقه الاستفاضة ويكره أن يكون الحاكم حسن الرأي فيهم لميله اليهم ويجوز حكمه لأنه عدل في الدين وان نزلوا على حكم حاكم يختاره الامام جاز لأنه لا يختار الامام الا من يجوز حكمه وان نزلوا على حكم من يختارونه لم يجز الا أن يشترط أن يكون الحاكم على الصفات التي ذكرناها وان نزلوا على حكم اثنين جاز لأنه تحكيم في مصلحة طريقها الرأي فجاز أن يجعل الى اثنين كالتحكيم في اختيار الامام وان نزلوا على حكم من لا يجوز أن يكون حاكما أو على حكم من يجوز أن يكون حاكما فمات أو على حكم اثنين فأبيا أو مات أحدهما وجب ردهم

كما يقال خبطت الشجر ونفضته والورق المخبوط خبط ونفض (قوله فابتعت به مخرفا في بني سلمة) المخرف بالفتح البستان وفي الحديث عائد المريض في مخرف من مخارف الجنة حتى يرجع. يقال خرف التمر واخترفه اذا جناه. واشتقاقه من الخريف وهو الفصل المعروف من السنة لان ادراكه يكون فيه (قوله تأثلته) التأثل اتخاذ أصل المال. ومجد مؤثل أي أصيل وفي الحديث في وصي اليتيم فليأكل غير متأثل مالا. وأصله من الأثلة التي هي الشجرة. قال امرؤ القيس:

ولكنما أسعى لمجد مؤثل * وقد يدرك المجد المؤثل أمثالي

(قوله يرضخ له) الرضخ أن يعطيه أقل من سهم المقاتل والرضخ العطاء القليل (قوله يعدو أو يجلب) الجلب رفع الصوت جلب وأجلب اذا صوت (قوله جنة الحرب) هو ما يستره ويمنعه من وصول السلاح وكلما استتر به فهو جنة (قوله من فوق سبعة أرقعة) الرقيع سماء الدنيا وكذلك سائر السموات وهي طباقها لأن كل سماء رقعة التي تليها كما يرقع الثوب بالرقعة وجاء به على التذكير كأنه ذهب به الى السقف. والزبير بن باطا بفتح الزاي وكسر الباء

الى القلعة لأنهم نزلوا على أمان فلا يجوز أخذهم الا برضاهم ولا يحكم الحاكم الا بما فيه مصلحة للمسلمين من القتل والاسترقاق والمن والفداء وان حكم بعقد الذمة وأخذ الجزية ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجوز الا برضاهم لأنه عقد معاوضة فلا يجوز من غير رضاهم والثانى يجوز لأنهم نزلوا على حكمه وان حكم أن من أسلم منهم استرق ومن أقام على الكفر قتل جاز وان حكم بذلك ثم أراد أن يسترق من حكم بقتله لم يجز لأنه لم ينزل على هذا الشرط وان حكم عليهم بالقتل ثم رأى هو أو الامام أن يمن عليهم جاز لأن سعد بن معاذ رضى الله عنه حكم بقتل رجال بنى قريظة فسأل ثابت الأنصارى رسول الله ﷺ أن يهب له الزبير بن باطا اليهودى ففعل فان حكم باسترقاقهم لم يجز أن يمن عليهم الا برضا الغانمين لأنهم صاروا مالا لهم

﴿ فصل ﴾ ومن أسلم من الكفار قبل الاسر عصم دمه وماله لما روى عمر رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم الا بحقها فان كانت له منفعة باجارة لم تملك عليه لانها كالمال وان كانت له زوجة جاز استرقاقها على المنصوص ومن أصحابنا من قال لا يجوز كما لا يجوز أن يملك ماله ومنفعته وهذا خطأ لان منفعة البضع ليست بمال ولا تجرى مجرى المال ولهذا لا يضمن بالغصب بخلاف المال والمنفعة وان كان له ولد صغير لم يجز استرقاقه لان النبى ﷺ حاصر بنى قريظة فأسلم ابنا شعية فأحرزا باسلامهما أموالهما وأولادهما ولانه مسلم فلم يجز استرقاقه كالأب وان كان له حمل من حربية لم يجز استرقاقه لأنه محكوم باسلامه فلم يسترق كالولد وهل يجوز استرقاق الحامل فيه وجهان أحدهما لا يجوز لانه اذا لم يسترق الحمل لم يسترق الحامل ألا ترى أنه لما لم يجز بيع الحرلم يجز بيع الحامل به والثانى أنه يجوز لانها حربية لا أمان لها

﴿ فصل ﴾ وان أسلم رجل وله ولد صغير تبعه الولد فى الاسلام لقوله عز وجل والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بايمان ألحقنا بهم ذريتهم وان أسلمت امرأة ولها ولد صغير تبعها فى الاسلام لانها أحد الابوين فتبعها الولد فى الاسلام كالأب وان أسلم أحدهما والولد حمل تبعه فى الاسلام لانه لا يصح اسلامه بنفسه فتبع المسلم منهما كالولد وان أسلم أحد الابوين دون الآخر تبع الولد المسلم منهما لان الاسلام أعلى فكان الحاقه بالمسلم منهما أولى وان لم يسلم واحد منهما فالولد كافر لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه فان بلغ وهو مجنون فأسلم أحد أبويه تبعه فى الاسلام لانه لا يصح اسلامه بنفسه فتبع الابوين فى الاسلام كالطفل وان بلغ عاقلا ثم جن ثم أسلم أحد أبويه ففيه وجهان أحدهما انه لا يتبعه لانه زال حكم الاتباع ببلوغه عاقلا فلا يعود اليه والثانى انه يتبعه وهو المذهب لانه لا يصح اسلامه بنفسه فتبع أبويه فى الاسلام كالطفل

﴿ فصل ﴾ وان سبى المسلم صبيا فان كان معه أحد أبويه كان كافرا لما ذكرناه من حديث أبى هريرة رضى الله عنه وان سبى وحده ففيه وجهان أحدهما انه باق على حكم كفره ولا يتبع السابى فى الاسلام وهو ظاهر المذهب لان يد السابى يد ملك فلا توجب اسلامه كيد المشترى والثانى انه يتبعه لانه لا يصح اسلامه بنفسه ولا معه من يتبعه فى كفره فجعل تابعا للسابى لانه كالاب فى حضانته وكفالته فتبعه فى الاسلام

﴿ فصل ﴾ وان وصف الاسلام صبى عاقل من أولاد الكفار لم يصح اسلامه على ظاهر المذهب لما روى على كرم الله وجهه أن النبى ﷺ قال رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يحتلم ولانه غير مكلف فلم يصح اسلامه بنفسه كالمجنون فعلى هذا يحال بينه و بين أهله من الكفار الى أن يبلغ لانه اذا ترك معهم خدعوه و زهدوه فى الاسلام فان بلغ و وصف الاسلام حكم باسلامه وان وصف الكفر هدد وضرب وطولب بالاسلام وان أقام على الكفر رد الى أهله من الكفار ومن أصحابنا من قال يصح اسلامه لأنه يصح صومه وصلاته فصح اسلامه كالبالغ

﴿ فصل ﴾ وان سبيت امرأة ومعها ولد صغير لم يجز التفريق بينهما وقد بيناه فى البيع وان سبى رجل ومعه ولد صغير ففيه وجهان أحدهما انه لا يجوز التفريق بينهما لانه أحد الابوين فلم يفرق بينه و بين الولد الصغير كالام والثانى انه يجوز أن يفرق بينهما لان الاب لا بد أن يفارقه فى الحضانة لانه لا يتولى حضانته بنفسه وانما يتولاها غيره فلم يحرم التفريق بينهما بخلاف الام

(قوله ابنا شعية) بالشين المعجمة المفتوحة والياء باثنتين من تحت (قوله زهدوه) أى قللوا رغبته فيه

فانها لا تفارقه فى الحضانة فانه اذا فرق بينهما ولهت بمفارقته فحرم التفريق بينهما

﴿ فصل ﴾ وان سبى الزوجان أو أحدهما انفسخ النكاح لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه قال أصبنا نساء يوم أوطاس فكرهوا أن يقعوا عليهن فأنزل الله تعالى والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم فاستحللناهن قال الشافعى رحمه الله سبى رسول الله ﷺ أوطاس و بنى المصطلق وقسم الفىء وأمر أن لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض ولم يسأل عن ذات زوج ولا غيرها وان كان الزوجان مملوكين فسبيا أو أحدهما فلا نص فيه والذى يقتضيه قياس المذهب أن لا ينفسخ النكاح لانه لم يحدث بالسبى رق وانما حدث انتقال الملك فلم ينفسخ النكاح كما لو انتقل الملك فيهما بالبيع ومن أصحابنا من قال ينفسخ النكاح لانه حدث سبى يوجب الاسترقاق وان صادف رقا كما أن الزنا يوجب الحد وان صادف حدا

﴿ فصل ﴾ اذا دخل الجيش دار الحرب فأصابوا ما يؤكل من طعام أو فاكهة أو حلاوة واحتاجوا اليه جاز لهم أكله من غير ضمان لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال كنا نصيب من المغازى العسل والفاكهة فنأكله ولا نرفعه وسئل ابن أبى أوفى عن طعام خيبر فقال كان الرجل يأخذ منه قدر حاجته ولان الحاجة تدعو الى ما يؤكل ولا يوجد من يشترى منه مع قيام الحرب فجاز لهم الأكل وهل يجوز لهم الأكل من غير حاجة فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على ابن أبى هريرة انه لا يجوز كما لا يجوز فى غير دار الحرب أكل مال الغير بغير اذنه من غير حاجة والثانى انه يجوز وهو ظاهر المذهب وقول أكثر أصحابنا لما روى عبد الله بن مغفل رضى الله عنه قال دلى جراب من شحم يوم خيبر فأتيته فالتزمته ثم قلت لا أعطى من هذا أحدا اليوم شيئا فالتفت فاذا رسول الله ﷺ يتبسم الى ولو لم يجز أكل ما زاد على الحاجة لنهاه عن منع ما زاد على الحاجة ويخالف طعام الغير بأن ذلك لا يجوز أكله من غير ضرورة وهذا يجوز أكله من غير ضرورة قطعا وطعام الغير يأكله بعوض وهذا يأكله بغير عوض فجاز أن يأكله من غير حاجة ولا يجوز لاحد منهم أن يبيع شيئا منه لان حاجته الى الأكل دون البيع وان باع شيئا منه نظرت فان باعه من بعض الغانمين وسلمه اليه صار المشترى أحق به لانه من الغانمين وقد حصل فى يده ما يجوز له أخذه للأكل فكان أحق به فان رده الى البائع صار البائع أحق به لما ذكرناه فى المشترى وان باعه من غير الغانمين وسلمه اليه وجب على المشترى رده الى الغنيمة لانه ابتاعه ممن لا يملك بيعه وليس هو من الغانمين فيمسكه لحقه فوجب رده الى الغنيمة

﴿ فصل ﴾ و يجوز أن يعلف منه المركوب وما يحمل عليه رحله من البهائم لان حاجته اليه كحاجته ولا يدهن منه شعره ولا شعر البهائم لانه لا حاجة به اليه ولا يعلف منه ما معه من الجوارح كالصقر والفهد لانه لا حاجة به اليه وان خرج الى دار الاسلام ومعه بقية من الطعام ففيه قولان أحدهما انه لا يلزمه ردها الى المغنم لانه مال اختص به من الغنيمة فلا يجب رده فيها كالسلب والثانى أنه يجب ردها لانه انما أجيز أخذه فى دار الحرب للحاجة ولا حاجة اليه فى دار الاسلام ومن أصحابنا من قال ان كان كثيرا وجب رده قولا واحدا وان كان قليلا فعلى القولين والصحيح هو الاول ولا يجوز تناول ما يصاب من الادوية من غير حاجة وان دعت الحاجة اليه جاز تناوله و يجب ضمانه لانه ليس من الاطعمة التى يحتاج اليها فى العادة ولا يجوز له لبس ما يصاب من الثياب لما روى رويفع بن ثابت الانصارى رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يركب دابة من فىء المسلمين حتى اذا أعجفها ردها فيه ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يلبس ثوبا من فىء المسلمين حتى اذا أخلقه رده فيه ولأنه لا يحتاج اليه فى العادة فان لبسه لزمته أجرته لأنه كالغاصب

﴿ فصل ﴾ و يجوز ذبح ما يؤكل للأكل ومن أصحابنا من قال لا يجوز والمذهب الأول لأنه مما يؤكل فى العادة فهو كسائر الطعام ولا يجوز أن يعمل من أهبها حذاء ولا سقاء ولا دلاء ولا فراء فان اتخذ منه شيئا من ذلك وجب رده فى المغنم وان زادت بالصنعة قيمته لم يكن له فى الزيادة حق وان نقص لزمه أرش ما نقص لأنه كالغاصب

﴿ فصل ﴾ وان أصابوا كتبا فيها كفر لم يجز تركها على حالها لأن قراءتها والنظر فيها معصية وان أصابوا التوراة والانجيل لم يجز تركها على حالها لأنه لا حرمة لها لأنها مبدلة فان أمكن الانتفاع بما كتب عليه اذا غسل كالجلود غسل وقسم مع الغنيمة وان لم يمكن الانتفاع به اذا غسل كالورق مزق ولا يحرق لأنه اذا حرق لم يكن له قيمة فاذا مزق كانت له قيمة فلا يجوز اتلافه على الغانمين

(قوله ولهت) أى حزنت لفقده والوله ذهاب العقل من الحزن

﴿ فصل ﴾ وإذا أصابوا خراوجب اراقتها كما يجب اذا أصيبت فى يد مسلم فان أصابوا خنزيرا فقد قال فى سير الواقدى يقتل ان كان به عدو فمن أصحابنا من قال ان كان فيه عدو قتل لما فيه من الضرر وان لم يكن فيه عدو لم يقتل لأنه لا ضرر فيه ومنهم من قال يجب قتله بكل حال لانه يحرم الانتفاع به فوجب اتلافه كالخمر وان أصابوا كلبا فان كان عقورا قتل لما فيه من الضرر وان كان فيه منفعة دفع الى من ينتفع به من الغانمين أو من أهل الخمس وان لم يكن فيهم من يحتاج اليه خلى لأن اقتناءه لغير حاجة محرم وقد بيناه فى البيوع

﴿ فصل ﴾ وان أصابوا مباحا لم يملكه الكفار كالصيد والحجر والحشيش والشجر فهو لمن أخذه كما لو وجده فى دار الاسلام وان وجد ما يمكن أن يكون للمسلمين ويمكن أن يكون للكفار كالسيف والقوس عرف سنة فان لم يوجد صاحبه فهو غنيمة

﴿ فصل ﴾ وان فتحت أرض عنوة وأصيب فيها موات فان لم يمنع الكفار عنها فهو لمن أحياه كموات دار الاسلام وان منعوا عنها كان للغانمين لانه يثبت لهم بالمنع عنها حق التملك فانتقل ذلك الحق الى الغانمين كما لو تحجروا مواتا للاحياء ثم صارت الدار للمسلمين وان فتحت صلحا على ان تكون الارض لهم لم يجز للمسلمين أن يملكوا فيها مواتا بالاحياء لأن الدار لهم فلم يملك المسلم فيها بالاحياء

﴿فصل﴾ وما أصاب المسلمون من مال الكفار وخيف ان يرجع اليهم ينظر فيه فان كان غير الحيوان أتلف حتى لا ينتفعوا به ويتقووا به على المسلمين وان كان حيوانا لم يجز اتلافه من غير ضرورة لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال من قتل عصفورا فما فوقها بغير حقها سأله الله تعالى عن قتلها قيل يا رسول الله وما حقها قال ان تذبحها فتأكلها ولا تقطع رأسها فترمى بها وان دعت الى قتله ضرورة بأن كان الكفار لا خيل لهم وما أصابه المسلمون خيل وخيف أن يأخذوه ويقاتلونا عليه جاز قتله لأنه اذا لم يقتل أخذه الكفار وقاتلوا به المسلمين

﴿ فصل ﴾ اذا سرق بعض الغانمين نصابا من الغنيمة فان كان قبل اخراج الخمس لم يقطع لمعنيين أحدهما أن له حقا فى خمسها والثانى أن له حقا فى أربعة أخماسها وان سرق بعد اخراج الخمس نظرت فان سرق من الخمس لم يقطع لان له حقا فيه وان سرق من أربعة أخماسها نظرت فان سرق قدر حقه أودونه لم يقطع لان له فى ذلك القدر شبهة وان كان أكثر من حقه ففيه وجهان احدهما انه يقطع لأنه لا شبهة له فى سرقة النصاب والثانى أنه لا يقطع لان حقه شائع فى الجميع فلم يقطع فيه وان كان السارق من غير الغانمين نظرت فان كان قبل اخراج الخمس لم يقطع لان له حقا فى خمسها وان كان بعد اخراج الخمس فان سرق من الخمس لم يقطع لأن فيه حقا وان سرق ذلك من أربعة أخماسها فان كان فى الغانمين من للسارق شبهة فى ماله كالاب والابن لم يقطع لأن له شبهة فيما سرق وان لم يكن له فيهم من له شبهة فى ماله قطع لأنه لا شبهة له فيما سرق

﴿ فصل ﴾ وان وطئ بعض الغانمين جارية من الغنيمة لم يجب عليه الحد وقال أبو ثور يجب وهذا خطأ لأن له فيها شبهة وهو حق التملك ويجب عليه المهر لأنه وطء يسقط فيه الحد على الموطوءة للشبهة فوجب المهر على الواطئ كالوطء فى النكاح الفاسد وان أحبلها ثبت النسب للولد وينعقد الولد حرا للشبهة وهل تقسم الجارية فى الغنيمة أو تقوم على الواطىء فيه طريقان من أصحابنا من قال ان قلنا انه اذا ملكها صارت أم ولد قومت عليه وان قلنا انها لا تصير أم ولد له لم تقوم عليه وقال أبو اسحق تقوم على القولين لانه لا يجوز قسمتها كما لا يجوز بيعها ولا يجوز تأخير القسمة لان فيه اضرارا بالغانمين فوجب أن تقوم وان وضعت فهل تلزمه قيمة الولد ينظر فيه فان كان قد قومت عليه لم تلزمه لانها تضع فى ملكه وان لم تكن قومت عليه لزمه قيمة الولد لانها وضعته فى غير ملكه

﴿ فصل ﴾ ومن قتل فى دار الحرب قتلا يوجب القصاص أو أتى بمعصية توجب الحد وجب عليه ما يجب فى دار الاسلام لانه لا تختلف الداران فى تحريم الفعل فلم تختلف فيما يجب به من العقوبة

(قوله وان فتحت أرض عنوة) أى قهرا مأخوذ من العانى وهو الاسير المقهور الذليل قال الله تعالى وعنت الوجوه للحى القيوم أى ذلت وخضعت. وسمى الاسير أسيرا لأنه يوسر أى يشد بالقد ثم كثر حتى سمى كل أخيذ أسيرا وان لم يشد

﴿ فصل ﴾ وان تجسس رجل من المسلمين للكفار لم يقتل لما روى عن على كرم الله وجهه قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا والزبير والمقداد وقال انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ فان فيها ظعينة معها كتاب فخذوه منها فانطلقنا حتى أتينا الروضة فاذا بالظعينة فقلنا أخرجى الكتاب فأخرجته من عقاصها فأتينا به رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا فيه من حاطب بن أبى بلتعة رضى الله عنه الى أناس بمكة يخبرهم ببعض أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا حاطب ما هذا قال يا رسول الله لا تعجل علىّ انما كنت امرأ ملصقا فأحببت أن أتخذ عندهم يدا يحمون بها قرابتى ولم أفعل ذلك ارتدادا عن دينى ولا أرضى الكفر بعد الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما انه قد صدق فقال عمر دعنى يا رسول الله أضرب عنق هذا المنافق فقال انه قد شهد بدرا فقال سفيان بن عيينة فأنزل الله يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوى وعدوكم أولياء وقرأ سفيان الى قوله فقد ضل سواء السبيل

﴿ فصل ﴾ اذا أخذ المشركون مال المسلمين بالقهر لم يملكوه واذا استرجع منهم وجب رده الى صاحبه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفس منه وروى عمران بن الحصين رضى الله عنه قال أغار المشركون على سرح رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهبوا به وذهبوا بالعضباء وأسروا امرأة من المسلمين فركبتها وجعلت لله عليها ان نجاها الله لتنحرنها فقدمت المدينة وأخبرت بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بئس ما جزيتها لا وفاء لنذر فى معصية الله عز وجل ولا فيما لا يملكه ابن آدم فان لم يعلم به حتى قسم دفع الى من وقع فى سهمه العوض من خمس الخمس ورد المال الى صاحبه لأنه يشق نقض القسمة

﴿ فصل ﴾ وان أسر الكفار مسلما وأطلقوه من غير شرط فله أن يغتالهم فى النفس والمال لأنهم كفار لا أمان لهم وان

(قوله فان فيها ظعينة) الظعينة المرأة فى الهودج وأصل الظعينة هو الهودج ثم سميت المرأة ظعينة لكونها فيه مأخوذ من الظعن وهو الارتحال، قال الله تعالى يوم ظعنكم ويوم اقامتكم. وقال بعضهم لا يقال للمرأة ظعينة الا اذا كانت فى الهودج (قوله فأخرجته من عقاصها) عقص الشعر ليه وضفره على الرأس ومنه سميت الشاة الملتوية القرن عقصاء. والعقاص جمع عقصة مثل رهمة ورهام قال امرؤ القيس * يضل العقاص فى مثنى ومرسل * (قوله كنت امرأ ملصقا) الملصق بالقوم والملتصق المنضم اليهم وليس منهم (قوله يدا) أراد صنيعة منهم يمنعون بها قرابتى قال:

تكن لك فى قومى يد يشكرونها * وأيدى الندى فى الصالحين قروض

(قوله دعنى أضرب عنق هذا المنافق) قد ذكرنا أن المنافق الذى يظهر الايمان ويستر الكفر، وفى اشتقاقه ثلاثة أوجه أحدها أنه مشتق من النفق وهو السرب من قوله تعالى فان استطعت أن تبتغى نفقا فى الارض فشبه بالذى يدخل النفق ويستتر به. والثانى أنه مشتق من نافقاء اليربوع وهو جحره لان له جحرا يسمى النافقاء وآخر يقال له القاصعاء فاذا طلب من النافقاء قصع فخرج من القاصعاء وان طلب من القاصعاء نفق فخرج من النافقاء. وكذلك المنافق يدخل فى الكفر ويخرج من الاسلام مرآة للكفار ويخرج من الكفر ويدخل فى الاسلام مرآة للمسلمين. والثالث أنه مشتق من النافقاء بمعنى آخر وذلك أنه يحفر فى الارض حتى اذا كاد أن يبلغ ظاهرها أرق التراب فاذا خاف خرق الارض وبقى فى ظاهره تراب وظاهر جحره تراب وباطنه حفر والمنافق باطنه كفر وظاهره ايمان. ولليربوع أربعة أجحرة الراهطاء والنافقاء والقاصعاء والدأماء (قوله عدوى وعدوكم) قال الهروى العداوة تباعد القلوب والنيات وقال ابن الانبارى لأنه يعدو بالمكروه والظلم ويقال عدا عليه عدوا اذا ظلمه قال الله تعالى فيسبوا الله عدوا بغير علم أى ظلما والعدو يقع على الواحد والاثنين والجمع والمذكر والمؤنث بلفظ واحد قال الله تعالى فانهم عدو لى وقال وهم لكم عدو وقال الشاعر:

اذا انا لم أنفع خليلى بوده * فان عدوى لن يضرهم بغضى

وقد يجمع فيقال أعداء قال الله تعالى فلا تشمت بى الاعداء (قوله ذهبوا بالعضباء) العضب القطع فى الاذن يقال بعير أعضب وناقة عضباء، وهو هنا اسم علم لها لا لاجل أنها مقطوعة (قوله أن يغتالهم) غاله واغتاله اذا أخذه من حيث لم يدر وقال الازهرى

أطلقوه على أنه فى أمان ولم يستأمنوه ففيه وجهان احدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه لا أمان لهم لأنهم لم يستأمنوه والثانى وهو ظاهر المذهب انهم فى أمانه لانهم جعلوه فى أمان فوجب أن يكونوا منه فى أمان وان كان محبوسا فأطلقوه واستحلفوه أنه لا يرجع الى دار الاسلام لم يلزمه حكم اليمين ولا كفارة عليه اذا حلف لأن ظاهره الاكراه فان ابتدأ وحلف انه ان أطلق لم يخرج الى دار الاسلام ففيه وجهان أحدهما أنها يمين اكراه فان خرج لم تلزمه كفارة لأنه لم يقدر على الخروج الا باليمين فأشبه اذا حلفوه على ذلك والثانى أنه يمين اختيار فان خرج لزمته الكفارة لانه بدأ بها من غير اكراه وان أطلق ليخرج الى دار الاسلام وشرط عليه أن يعود اليهم أو يحمل لهم مالا لم يلزمه العود لأن مقامه فى دار الحرب لا يجوز ولا يلزمه بالشرط ما ضمن من المال لأنه ضمان من مال بغير حق والمستحب أن يحمل لهم ما ضمن ليكون ذلك طريقا الى اطلاق الاسرى

باب الانفال

يجوز لامير الجيش أن ينفل لمن فعل فعلا يفضى الى الظفر بالعدو كالتجسس والدلالة على طريق أو قلعة أو التقدم بالدخول الى دار الحرب أو الرجوع اليها بعد خروج الجيش منها لما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ كان ينفل فى البدأة الربع وفى القفول الثلث وتقدير النفل الى رأى أمير الجيش لأنه بذل لمصلحة الحرب فكان تقديره الى رأى الامير ويكون ذلك على قدر العمل لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل فى البدأة الربع وفى القفول الثلث لأن التغرير فى القفول أعظم لأنه يدخل الى دار الحرب والعدو منه على حذر وفى البدأة يدخل والعدو منه على غير حذر ويجوز شرط النفل من بيت مال المسلمين ويجوز شرطه من المال الذى يؤخذ من المشركين فان جعل فى بيت مال المسلمين كان ذلك من خمس الخمس لما روى سعيد بن المسيب قال كان الناس يعطون النفل من الخمس ولأنه مال يصرف فى مصلحة فكان من خمس الخمس ولا يجوز أن يكون مجهولا لأنه عوض فى عقد لا تدعو الحاجة فيه الى الجهل به فلم يجز أن يكون مجهولا كالجعل فى رد الآبق وان كان النفل من مال الكفار جاز أن يكون مجهولا لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل فى البدأة الربع وفى القفول الثلث وذلك جزء من غنيمة مجهولة

الغيلة هو أن يخدع بالشىء حتى يصير الى موضع كمن له فيه الرجال فيقتل

ومن باب الانفال

الانفال جمع نفل بالتحريك وبسكونها الغنيمة قال لبيد * ان تقوى ربنا خير نفل * وأصله العطية بغير وجوب على المعطى ومنه قيل لصلاة التطوع نافلة وقيل أصله الزيادة لأنها زائدة على الفرائض ولأن الغنيمة زادها الله هذه الأمة فى الحلال ومنه قوله تعالى ووهبنا له اسحق ويعقوب نافلة أى زيادة على اسحق ويسمى ولد الولد نافلة لأنه زيادة على الولد وقوله تعالى يسألونك عن الانفال انما كان سؤالهم عنها لأنها كانت حراما على من قبلهم كانت تنزل نار من السماء فتحرقها فأحلها الله لهم . والغنيمة أصلها الربح والفضل ومنه الحديث فى الراهن له غنمه أى ربحه وفضله . والفىء أصله فى اللغة الرجوع يقال فاء الى كذا أى رجع اليه والمعنى انه مال رجع الى المسلمين ورد . ومنه قيل للظل فىء لأنه يرجع من جانب الى جانب (قوله لامير الجيش) سمى الامير أميرا لأن أصحابه يفزعون فى أمرهم الى مؤامرته أى مشاورته وقيل سمى أميرا لنفاذ أمره وقيل انه مشتق من أمر بكسر الميم أى كثر لأنه فى نفسه — وان كان وحده — كثير . وقد فسر قوله تعالى أمرنا مترفيها أى كثرناهم (قوله كان ينفل فى البدأة الربع وفى الرجعة الثلث) وفى بعضها القفول البدأة السرية التى ينفذها الامام أول ما يدخل بلاد العدو ، وأراد بالبدأة ابتداء السفر يعنى فى الغزو يقال أكثر للبدأة بكذا وللرجعة بكذا وقيل الرجعة التى ينفذها بعد رجوع الاولى وقيل البدأة التى ينفذها وقت دخوله والرجعة التى ينفذها بعد رجوعه من بلاد العدو ، والقفول هو الرجوع يقال قفل من الحج ومن الغزو . اذا رجع منه ولا يقال للرفقة فى السفر قافلة الا اذا كانوا راجعين الى بلادهم ، ولا يقال ذلك فى ذهابهم وهو مما تغلط فيه العامة . قال الجوهرى القلعة الحصن على الجبل . ومرج القلعة بالتحريك موضع

﴿فصل﴾ وان قال الأمير من دلني على القلعة الفلانية فله منها جارية فدله عليها رجل نظرت فان لم تفتح القلعة لم يجب للدليل شيء ومن أصحابنا من قال يرضخ له لدلالته والمذهب الأول لأنه إنما جعل له الجارية من القلعة فصار تقديره من دلني على القلعة وفتحت كانت له منها جارية لأنه لا يقدر على تسليم الجارية الا بالفتح فلم يستحق من غير الفتح شيئا وان فتحت عنوة ولم تكن فيها جارية لم يستحق شيئا لأن الشرط معدوم وان كانت فيها جارية سلمت اليه ولا حق فيها للغانمين ولا لأهل الخمس لأنه استحقها بسبب سابق للفتح وان أسلمت الجارية قبل القدرة عليها لم يستحقها لأن اسلامها يمنع من استرقاقها ويجب له قيمتها لأن النبي ﷺ صالح أهل مكة على أن يرد اليهم من جاء من المسلمات فمنعه الله عز وجل من ردهن وأمره أن يرد مهورهن وان أسلمت بعد القدرة عليها فان كان الدليل مسلما سلمت اليه وان كان كافرا فان قلنا ان الكافر يملك العبد المسلم بالشراء استحقها ثم أجبر على ازالة الملك عنها وان قلنا انه لا يملك دفع اليه قيمتها وان أسلم الدليل بعد ذلك لم يستحقها لأنه أسلم بعد ما انتقل حقه الى قيمتها وان فتحت والجارية قد ماتت ففيه قولان أحدهما ان له قيمتها لأنه تعذر تسليمها فوجب قيمتها كما لو أسلمت والثاني انه لا يجب له قيمتها لأنه غير مقدور عليها فلم يجب قيمتها كما لو لم تكن فيها جارية وان فتحت صلحا نظرت فان لم تدخل الجارية في الصلح كان الحكم فيها كالحكم اذا فتحت عنوة فان دخلت في الصلح ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي اسحق ان الجارية للدليل وشرطها في الصلح لا يصح كما لو زوجت امرأة من رجل ثم زوجت من آخر والثاني ان شرطها في الصلح صحيح لأن الدليل لو عفا عنها أمضينا الصلح فيها ولو كان فاسدا لم يمض الا بعقد مجدد فعلى هذا ان رضي الدليل بغيرها من جواري القلعة أو رضي بقيمتها أمضينا الصلح وان لم يرض ورضي أهل القلعة بتسليمها فكذلك وان امتنع أهل القلعة من دفع الجارية وامتنع الدليل من الانتقال الى البدل ردوا الى القلعة وقد زال الصلح لأنه اجتمع أمران متنافيان وتعذر الجمع بينهما وحق الدليل سابق ففسخ الصلح ولصاحب القلعة أن يحصن القلعة كما كانت من غير زيادة وان فتحت بعد ذلك عنوة كانت الجارية للدليل وان لم تفتح لم يكن له شيء

﴿فصل﴾ اذا قال الأمير قبل الحرب من أخذ شيئا فهو له فقد أومأ فيه الى قولين أحدهما أن الشرط صحيح لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر من أخذ شيئا فهو له والثاني وهو الصحيح أنه لا يصح الشرط لأنه جزء من الغنيمة شرطه لمن لا يستحقه من غير شرط فلا يستحقه بالشرط كما لو شرطه لغير الغانمين والخبر ورد في غنائم بدر وكانت لرسول الله ﷺ يضعها حيث شاء

﴿باب قسم الغنيمة﴾

والغنيمة ما أخذ من الكفار بايجاف الخيل والركاب فان كان فيها سلب للقاتل أو مال لمسلم سلم اليه لأنه استحقه قبل الاغتنام ثم يدفع منها أجرة النقال والحافظ لأنه لمصلحة الغنيمة فقدم ثم يقسم الباقي على خمسة أخماس خمس لأهل الخمس ثم يقسم أربعة أخماسها بين الغانمين لقوله عز وجل واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل فأضاف الغنيمة الى الغانمين ثم جعل الخمس لأهل الخمس فدل على أن الباقي للغانمين والمستحب أن يقسم ذلك في دار الحرب ويكره تأخيرها الى دار الاسلام من غير عذر لأن النبي صلى الله عليه وسلم قسم غنائم بدر بشعب من شعاب الصفراء قريب من بدر وقسم غنائم بني المصطلق على مياههم وقسم غنائم حنين بأوطاس وهو واد من أودية حنين فان كان الجيش رجالة سوى بينهم وان كانوا فرسانا سوى بينهم وان كان بعضهم فرسانا وبعضهم رجالة جعل للراجل سهما وللفارس ثلاثة أسهم لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم للرجل سهم وللفرس سهمان ولا يفضل من قاتل على من لم يقاتل لأن من لم يقاتل كالمقاتل في ارهاب العدو ولأنه أرصد نفسه للقتال ولا يسهم لمركوب غير الخيل لأنه لا يلحق بالخيل في التأثير في الحرب من الكر والفر فلم يلحق بها في السهم ويسهم للفرس العتيق وهو الذي أبواه

(قوله بايجاف الخيل والركاب) قيل وجيفها سرعتها في سيرها وقد أوجفها راكبها. وقوله تعالى قلوب واجفة أي شديدة الاضطراب وانما سمي الوجيف في السير لشدة هزه واضطرابه ذكره العزيزي. وقال الجوهري هو ضرب من سير الابل والخيل يقال وجف البعير يجف وجفا ووجيفا وأوجفته أنا ويقال أوجف فأعجف

عربيان وللبرذون وهو الذي أبواه عجميان وللمقرف وهو الذي أمه عربية وأبوه عجمي وللهجين وهو الذي أبوه عربي وأمه عجمية لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخيل معقود في نواصيها الخير الى يوم القيامة ولأنه حيوان يسهم له فلم يختلف سهمه باختلاف أبويه كالرجل وان حضر بفرس حطم أو ضرع أو أعجف فقد قال في الام قيل لا يسهم له وقيل يسهم له فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما أنه لا يسهم له لأنه لا يغنى غناء الخيل فلم يسهم له كالبغل والثاني يسهم له لأن ضعفه لا يسقط سهمه كضعف الرجل وقال أبو اسحق ان أمكن القتال عليه أسهم له وان لم يمكن القتال عليه لم يسهم له لان الفرس يراد للقتال عليه وهذا أقيس والاول أشبه بالنص ولا يسهم للرجل لأكثر من فرس لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن الزبير حضر يوم حنين بأفراس فلم يسهم له النبي ﷺ الا لفرس واحد ولانه لا يقاتل الا على فرس واحد فلا يسهم لاكثر منه وان حضر بفرس والقتال في الماء أو على حصن استحق سهمه لانه أرهب بفرسه فاستحق سهمه كما لو حضر به القتال ولم يقاتل ولانه قد يحتاج اليه اذا خرجوا من الماء والحصن

﴿فصل﴾ فان غصب فرسا وحضر به الحرب استحق للفرس سهمين لانه حصل به الارهاب وفي مستحقه وجهان أحدهما أنه له والثاني أنه لصاحب الفرس بناء على القولين في ربح الدراهم المغصوبة أحدهما أنه للغاصب والثاني أنه للمغصوب منه وان استعار فرسا أو استأجره للقتال فحضر به الحرب استحق به السهم لانه ملك القتال عليه وان حضر دار الحرب بفرس وانقضت الحرب ولا فرس معه بأن نفق أو باعه أو أجره او اعاره او غصب منه لم يسهم له وان دخل دار الحرب راجلا ثم ملك فرسا أو استعاره وحضر به الحرب استحق السهم لان استحقاق المقاتل بالحضور فكذلك الاستحقاق بالفرس وان حضر بفرس وعار الفرس الى أن انقضت الحرب لم يسهم له ومن اصحابنا من قال يسهم له لانه خرج من يده بغير اختياره والمذهب الاول لان خروجه من يده يسقط السهم وان كان بغير اختياره كما يسقط سهم الراجل اذا ضل عن الوقعة وان كان بغير اختياره

﴿فصل﴾ ومن حضر الحرب ومرض فان كان مرضا يقدر معه على القتال كالسعال ونفور الطحال والحمى الخفيفة أسهم له لانه من اهل القتال ولان الانسان لا يخلو من مثله فلا يسقط سهمه لاجله وان كان لا يقدر على القتال لم يسهم له لانه ليس من أهل القتال فلم يسهم له كالمجنون والطفل

﴿فصل﴾ ولا حق في الغنيمة لمخذل ولا لمن يرجف بالمسلمين ولا لكافر حضر بغير اذن لانه لا مصلحة للمسلمين في حضورهم ويرضخ للصبي والمرأة والعبد والمشرك اذا حضر بالاذن ولم يسهم لهم لما روى عمير قال غزوت مع النبي ﷺ وأنا عبد مملوك فلما فتح الله على نبيه خيبر قلت يا رسول الله سهمي فلم يضرب لي بسهم وأعطاني سيفا فتقلدته وكنت أخط بنعله في الارض وأمر لي من خرثي المتاع وروى يزيد بن هرمز أن نجدة كتب الى ابن عباس يسأله هل كان رسول الله ﷺ يغزو بالنساء وهل كان يضرب لهن بسهم فكتب اليه ابن عباس كان رسول الله ﷺ يغزو بالنساء فيداوين الجرحى ويحذين من الغنيمة وأما سهم فلم يضرب لهن بسهم

(قوله فان حضر بفرس حطم أو ضرع أو أعجف) الحطم المنكسر في نفسه يقال للفرس اذا انهدم لطول عمره حطم ويقال حطمت الدابة أي أسنت. والضرع بالتحريك الضعيف. والاعجف المهزول (قوله لا يغني غناء الخيل) أي لا يكفي كفايتها والغناء بالفتح والمد الكفاية (قوله فان نفق او باعه) نفقت الدابة تنفق نفوقا أي ماتت (قوله فان عار فرسه) اي ذهب على وجهه وأفلت من يده ويقال سمي العير عيرا لتفلته ومنه قيل للغلام الذي خلع عذاره وذهب حيث شاء عيار وفرس عيار ومعيار اذا كان مضمرا. ونفور الطحال هو ورمه قال أبو عبيد انما هو من نفور الشيء من الشيء وهو تجافيه عنه وتباعده وقوله المخذل قد ذكر (قوله لمن يرجف بالمسلمين) اي يخوفهم ويفزعهم من قوله تعالى يوم ترجف الراجفة يعني يوم الفزع والخوف وأصله حركة الارض واضطرابها واما الارجاف فهو واحد اراجيف الاخبار ومعناه التخويف والرعب وقد ذكر وارجفوا في الشيء اذا خاضوا فيه (قوله ويرضخ للصبي) قد ذكرنا انه العطاء ليس بالكثير دون سهام المقاتلين وأصله مأخوذ من الشيء المرضوخ وهو المرضوض المشدوخ (قوله من خرثي المتاع) الخرثي متاع البيت واسقاطه. ونعل السيف يكون في أسفله من حديد أو غيره (قوله يحذين من الغنيمة) قال الجوهري حذيته من الغنيمة اذا أعطيته منها. والاسم الحذيا على فعلى بالضم وهي القسمة من الغنيمة وكذلك الحذيا والحذية والحذوة كله العطية

﴿فصل﴾ وتقدير الرضخ الى اجتهاد أمير الجيش ولا يبلغ به سهم راجل لانه تابع لمن له سهم فنقص عنه كالحكومة لا يبلغ بها أرش العضو ومن أين يرضخ لهم فيه ثلاثة أوجه أحدها أنه يرضخ لهم من أصل الغنيمة لانهم أعوان المجاهدين فجعل حقهم من أصل الغنيمة كالنقال والحافظ والثانى أنه من أربعة أخماس الغنيمة لانهم من المجاهدين فكان حقهم من أربعة أخماس الغنيمة والثالث أنه من خمس الخمس لانهم من أهل المصالح فكان حقهم من سهم المصالح

﴿فصل﴾ وان حضر أجير فى اجارة مقدرة بالزمان ففيه ثلاثة أقوال أحدها أنه يرضخ له مع الأجرة لان منفعته مستحقة لغيره فرضخ له كالعبد والثانى أنه يسهم له مع الأجرة لان الأجرة تجب بالتمكين والسهم بالحضور وقد وجد الجميع والثالث أنه يخير بين السهم والأجرة فان اختار الأجرة رضخ له مع الأجرة وان اختار السهم أسهم له وسقطت الأجرة لان المنفعة الواحدة لا يستحق بها حقان واختلف قوله فى تجار الجيش فقال فى أحد القولين يسهم لهم لانهم شهدوا الوقعة والثانى أنه لا يسهم لهم لانهم لم يحضروا للقتال واختلف أصحابنا فى موضع القولين فمنهم من قال القولان اذا حضروا ولم يقاتلوا وأما اذا حضروا فقاتلوا فانه يسهم لهم قولا واحدا ومنهم من قال القولان اذا قاتلوا فأما اذا لم يقاتلوا فانه لا يسهم لهم قولا واحدا

﴿فصل﴾ واذا لحق بالجيش مدد أو أفلت أسير ولحق بهم نظرت فان كان قبل انقضاء الحرب وحيازة الغنيمة أسهم لهم لقول عمر رضى الله عنه الغنيمة لمن شهد الوقعة وان كان بعد انقضاء الحرب وحيازة الغنيمة لم يسهم لهم لانهم حضروا بعد ما صارت الغنيمة للغانمين وان كان بعد انقضاء الحرب وقبل حيازة الغنيمة ففيه قولان أحدهما أنه لا يسهم لهم لانهم لم يشهدوا الوقعة والثانى أنه يسهم لهم لانهم حضروا قبل أن يملك الغانمون

﴿فصل﴾ وان خرج أمير فى جيش وأنفذ سرية من الجيش الى الجهة التى يقصدها أو الى غيرها فغنمت السرية شاركهم الجيش وان غنم الجيش شاركتهم السرية لان النبى ﷺ حين هزم هوازن بحنين أسرى قبل أوطاس سرية وغنمت فقسم غنائمهم بين الجميع وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال المسلمون يد على من سواهم يسعى بذمتهم أدناهم و يرد عليهم أقصاهم وترد سراياهم على قاعدهم ولان الجميع جيش واحد فلم يختص بعضهم بالغنيمة وان أنفذ سريتين الى جهة واحدة من طريق أو طريقين اشترك الجيش والسريتان فيما يغنم كل واحد منهم لان الجميع جيش واحد وان أنفذ سريتين الى جهتين شارك السريتان الجيش فيما يغنمه وشارك الجيش السريتين فيما يغنمان وهل تشارك كل واحدة من السريتين السرية الاخرى فيما تغنمه فيه وجهان أحدهما أنها لا تشارك لان الجيش أصل السريتين وليست احدى السريتين أصلا للأخرى والثانى وهو الصحيح أنها تشارك لانهما من جيش واحد وان أنفذ الأمير سرية من الجيش وأقام هو مع الجيش فغنمت السرية لم يشاركها الجيش المقيم مع الأمير لان النبى ﷺ بعث السرايا من المدينة فلم يشاركهم أهل المدينة فيما غنموا ولان الغنيمة للمجاهدين والجيش مقيم مع الأمير ما جاهدوا فلم يشارك السرية فيما غنمت والله أعلم

﴿باب قسم الخمس﴾

و يقسم الخمس على خمسة أسهم سهم لرسول الله ﷺ وسهم لذوى القربى وسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل والدليل عليه قوله عز وجل واعلموا أنما غنمتم من شىء فأن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل فأما سهم رسول الله ﷺ فانه يصرف فى مصالح المسلمين والدليل عليه ما روى جبير بن مطعم رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ

(قوله وان لحق بالجيش مدد) المدد الزيادة المتصلة وأمددنا القوم أى صرنا مددا لهم. وقد ذكرنا السرية انها قطعة من الجيش قال القتيبى أصلها من السرى وهو سير الليل وكانت تخفى خروجها لئلا ينتشر الخبر فيكتب به العيون، فيقال سرت سرية أى سارت ليلا. وقال فى البيان بل يختارهم الأمير من السرى وهو الجودة كانه يختار خيار الخيل وابطال الرجال (قوله والمسلمون يد على من سواهم) قال الهروى يقال للقوم هم يد على الآخرين أى هم قادرون عليهم. ويحتمل أن يكون من اليد التى هى الجماعة يقال هم عليه يد أى مجتمعون لا يسعهم التخاذل بل يعاون بعضهم بعضا على جميع أهل الاديان والملل (قوله يسعى بذمتهم أدناهم) الذمة ههنا الامان ويسمى المعاهد ذميا لانه أعطى الامان على ذمة. وقال فى الفائق أدناهم العبد من الدناءة وهى الخساسة وأقصاهم أبعدهم من القصاء وهو البعد وهذا يدل على ان أدناهم أقربهم بلدا من العدو

حين صدر من خيبر تناول بيده نبذة من الارض أو وبرة من بعيره وقال والذى نفسى بيده مالى مما أفاء الله الا الخمس والخمس مردود عليكم فجعله لجميع المسلمين ولا يمكن صرفه الى جميع المسلمين الا بأن يصرف فى مصالحهم وأهم المصالح سد الثغور لانه يحفظ به الاسلام والمسلمين ثم الأهم فالأهم

﴿ فصل ﴾ وأما سهم ذوى القربى فهو لمن ينتسب الى هاشم والمطلب ابنى عبد مناف لما روى جبير بن مطعم رضى الله عنه قال لما قسم رسول الله ﷺ سهم ذوى القربى بين بنى هاشم و بنى المطلب جئت أنا وعثمان فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم لمكانك الذى وضعك الله فيهم أرأيت اخواننا من بنى المطلب أعطيتهم وتركتنا وانما نحن واياهم منك بمنزلة واحدة قال انهم لم يفارقونى فى جاهلية ولا اسلام وانما بنو هاشم و بنو المطلب شىء واحد ثم شبك بين أصابعه و يسوى فيه بين الأغنياء والفقراء لان رسول الله ﷺ أعطى منه العباس وكان موسرا يعول عامة بنى عبد المطلب ولانه حق يستحق بالقرابة بالشرع فاستوى فيه الغنى والفقير كالميراث و يشترك فيه الرجال والنساء لما روى عبد الله بن الزبير رضى الله عنه أن النبى ﷺ أسهم لأم الزبير فى ذوى القربى ولانه حق يستحق بالقرابة بالشرع فاستوى فيه الذكر والأنثى كالميراث و يجعل للذكر مثل حظ الأنثيين وقال المزنى وأبو ثور يسوى بين الذكر والأنثى لانه مال يستحق باسم القرابة فلا يفضل الذكر فيه على الأنثى كالمال المستحق بالوصية للقرابة وهذا خطأ لأنه مال يستحق بقرابة الأب بالشرع ففضل الذكر فيه على الأنثى كميراث ولد الأب و يدفع ذلك الى القاصى منهم والدانى وقال أبو اسحق يدفع ما فى كل اقليم الى من فيه منهم لانه يشق نقله من اقليم الى اقليم والمذهب الاول لقوله عزوجل ولذى القربى فعم ولم يخص ولانه حق مستحق بالقرابة فاستوى فيه القاصى والدانى كالميراث

﴿ فصل ﴾ وأما سهم اليتامى فهو لكل صغير فقير لا أب له فأما من له أب فلا حق له فيه لان اليتيم هو الذى لا أب له وليس لبالغ فيه حق لانه لا يسمى بعد البلوغ يتيما والدليل عليه قوله ﷺ لا يتم بعد الحلم وليس للغنى فيه حق ومن أصحابنا من قال للغنى فيه حق لان اليتيم هو الذى لا أب له غنيا كان أو فقيرا والمذهب الأول لان غناه بالمال أكثر من غناه بالأب فاذا لم يكن لمن له أب فيه حق فلأن لا يكون لمن له مال أولى

﴿ فصل ﴾ وأما سهم المساكين فهو لكل محتاج من الفقراء والمساكين لانه اذا أفرد المساكين تناول الفريقين

﴿ فصل ﴾ وأما سهم ابن السبيل فهو لكل مسافر أو مريد لسفر فى غير معصية وهو محتاج على ما ذكرناه فى الزكاة

﴿ فصل ﴾ ولا يدفع شىء من الخمس الى كافر لانه عطية من الله تعالى فلم يكن للكافر فيها حق كالزكاة ولانه مال مستحق على الكافر بكفره فلم يجز أن يستحقه الكافر و بالله التوفيق

﴿ باب قسم الفىء ﴾

الفىء هو المال الذى يؤخذ من الكفار من غير قتال وهو ضربان أحدهما ما انجلوا عنه خوفا من المسلمين أو بذلوه للكف عنهم فهذا يخمس و يصرف خمسه الى من يصرف اليه خمس الغنيمة والدليل عليه قوله عزوجل ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل والثانى ما أخذ من غير خوف كالجزية وعشور تجاراتهم ومال من مات منهم فى دار الاسلام ولا وارث له ففى تخميسه قولان قال فى القديم لا يخمس لانه مال أخذ من غير خوف فلم يخمس كالمال المأخوذ بالبيع والشراء وقال فى الجديد يخمس وهو الصحيح للآية ولانه مال مأخوذ من الكفار بحق الكفر لا يختص به بعض المسلمين فوجب تخميسه كالمال الذى انجلوا عنه وأما أربعة أخماسه فقد كانت لرسول الله ﷺ فى حياته والدليل عليه

(قوله نبذة من الارض) النبذة الشىء اليسير يقال فى رأسه نبذ من الشيب وأصاب الارض نبذ من مطر أى شىء يسير (قوله سد الثغور) الثغر موضع المخافة. وقال الازهرى أصل الثغر الهدم والكسر، يقال ثغرت الجدار اذا هدمته. وقيل للموضع الذى تخاف منه العدو ثغر لانثلامه وامكان دخول العدو منه وقيل للمنصب سهم لانه يعلم عليه بالسهام (قوله بنو هاشم و بنو المطلب شىء واحد) بالشين المعجمة وهو المثل وقد ذكر فى الزكاة (قوله انجلوا عنه) أى هربوا يقال جلا القوم عن منازلهم اذا هربوا قال الله تعالى ولولا أن كتب الله عليهم الجلاء

قوله عزوجل ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ولا ينتقل ما ملكه الى ورثته لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال لا تقتسم ورثتى دينارا ولا درهما ما تركته بعد نفقة نسائى ومؤنة عاملى فانه صدقة وروى مالك بن أوس بن الحدثان رضى الله عنه عن عمر رضى الله عنه أنه قال لعثمان وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف أنشدكم بالله أيها الرهط هل سمعتم رسول الله ﷺ قال انا لا نورث ما تركنا صدقة ان الأنبياء لا تورث فقال القوم بلى قد سمعناه ثم أقبل على على وعباس فقال أنشدكما بالله هل سمعتما أن رسول الله ﷺ قال ما تركناه صدقة ان الأنبياء لا تورث فقالا نعم أخرجه البخارى ومسلم وأبو داود واختلف قول الشافعى رضى الله عنه فيما يحصل من مال الفىء بعد موت رسول الله ﷺ فقال فى أحد القولين يصرف فى المصالح لانه مال راتب لرسول الله ﷺ فصرف بعد موته فى المصالح كخمس الخمس فعلى هذا يبدأ بالأهم وهو سد الثغور وأرزاق المقاتلة ثم الأهم فالأهم وقال فى القول الثانى هو للمقاتلة لان ذلك كان لرسول الله ﷺ لما كان فيه من حفظ الاسلام والمسلمين ولما كان له فى قلوب الكفار من الرعب وقد صار ذلك بعد موته فى المقاتلة فوجب أن يصرف اليهم

﴿ فصل ﴾ وينبغى للامام أن يضع ديوانا يثبت فيه أسماء المقاتلة وقدر أرزاقهم لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال قدمت على عمر رضى الله عنه من عند أبى موسى الأشعرى بثمانمائة ألف درهم فلما صلى الصبح اجتمع اليه نفر من أصحاب رسول الله ﷺ فقال لهم قد جاء الناس مال لم يأتهم مثله منذ كان الاسلام أشيروا على بمن أبدأ منهم فقالوا بك يا أمير المؤمنين انك ولى ذلك قال لا ولكن ابدأ برسول الله ﷺ ثم الاقرب فالاقرب اليه فوضع الديوان على ذلك ويستحب أن يجعل على كل طائفة عريفا لان النبى ﷺ جعل عام خيبر على كل عشرة عريفا ولان فى ذلك مصلحة وهو أن يقوم العريف بأمورهم ويجمعهم فى وقت العطاء وفى وقت الغزو ويجعل العطاء فى كل عام مرة أو مرتين ولا يجعل فى كل شهر ولا فى كل أسبوع لان ذلك يشغلهم عن الجهاد

﴿ فصل ﴾ ويستحب أن يبدأ بقريش لقوله ﷺ قدموا قريشا ولا تقدموها ولان النبى ﷺ منهم فانه محمد بن عبد الله ابن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصى بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤى بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة واختلف الناس فى قريش فمنهم من قال كل من ينتسب الى فهر بن مالك فهو من قريش ومنهم من قال كل من ينتسب الى النضر بن كنانة فهو من قريش ويقدم من قريش بنى هاشم لانهم أقرب قبائل قريش الى رسول الله ﷺ ويضم اليهم بنو المطلب لان النبى ﷺ قال انما بنو هاشم وبنو المطلب شىء واحد وشبك بين أصابعه وعن عمر رضى الله عنه أنه قال حضرت رسول الله ﷺ يعطيهم فاذا كان السن فى الهاشمى قدمه على المطلبى واذا كان فى المطلبى قدمه على الهاشمى ثم يعطى بنى عبد شمس وبنى نوفل ابنى عبد مناف ويقدم بنى عبد شمس على بنى نوفل لان عبد شمس أقرب اليه لانه أخو هاشم من أبيه وأمه ونوفل أخوه من أبيه وأنشد آدم بن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز

يا أمين الله انى قائل ٭ قول ذى بر ودين وحسب
عبد شمس لا تهنها انما ٭ عبد شمس عم عبد المطلب
عبد شمس كان يتلو هاشما ٭ وهما بعد لام ولاب

ثم يعطى بنى عبد العزى وبنى عبد الدار ويقدم عبد العزى على عبد الدار لان فيهم أصهار رسول الله ﷺ فان خديجة بنت

(قوله ومؤنة عاملى) أى مؤنة خليفتى والعامل هو الذى يتولى أمور الرجل فى ماله وملكه وعمله ومنه قيل للذى يستخرج الزكاة عامل والذى يأخذه العامل من الأجرة يقال له عمالة بالضم (قوله أنشدكم بالله) أى أسألكم بالله وأقسم عليكم (قوله فى قلوب الكفار من الرعب) أى الخوف يقال رعبته فهو مرعوب اذا أفزعته ولا يقال أرعبته ومنه الحديث نصرت بالرعب (قوله يضع ديوانا) أى كتابا يجمع فيه أسماء الجند وأصله دوّان فعوض من أحد الواوين ياء لانه يجمع على دواوين ولو كانت الواو أصلية لقيل دياوين بل يقال دونت دواوين (قوله لؤى) تصغير لأى وهو ثور الوحش سمى به الرجل (قوله قول ذى بر ودين وحسب) البر فعل الخير والحسب كرم الآباء والأجداد (قوله يتلو هاشما) أى يتبعه فى كرمه وفخره وسائر مناقبه

خو يلد منهم ولان فيهم من حلف المطيبين وحلف الفضول وهما حلفان كانا من قوم من قريش اجتمعوا فيهما على نصر المظلوم ومنع الظالم وروت عائشة رضى الله عنها أن النبي ﷺ قال شهدت حلف الفضول ولو دعيت اليه لأجبت وعلى هذا يعطى الاقرب فالاقرب حتى تنقضي قريش فان استوى اثنان فى القرب قدم أسنهما لما رويناه من حديث عمر فى بنى هاشم و بنى المطلب فان استويا فى السن قدم أقدمهما هجرة وسابقة فاذا انقضت قريش قدم الأنصار على سائر العرب لما لهم من السابقة والآثار الجيدة فى الاسلام ثم يقسم على سائر العرب ثم يعطى العجم ولا يقدم بعضهم على بعض الا بالسن والسابقة دون النسب

﴿فصل﴾ و يقسم بينهم على قدر كفايتهم لانهم كفوا المسلمين أمر الجهاد فوجب أن يكفوا أمر النفقة و يتعاهد الامام فى وقت العطاء عدد عيالهم لانه قد يزيد و ينقص و يتعرف الاسعار وما يحتاجون اليه من الطعام والكسوة لانه قد يغلو و يرخص ليكون عطيتهم على قدر حاجتهم ولا يفضل من سبق الى الاسلام أو الى الهجرة على غيره لان الاستحقاق بالجهاد وقد تساووا فى الجهاد فلم يفضل بعضهم على بعض كالغانمين فى الغنيمة

﴿فصل﴾ ولا يعطى من الفىء صبى ولا مجنون ولا عبد ولا امرأة ولا ضعيف لا يقدر على القتال لان الفىء للمجاهدين وليس هؤلاء من أهل الجهاد وان مرض مجاهد فان كان مرضا يرجى زواله أعطى لأن الناس لا يخلون من عارض مرض وان كان مرضا لا يرجى زواله سقط حقه من الفىء لأنه خرج عن أن يكون من المجاهدين وان مات المجاهد وله ولد صغير أو زوجة ففيه قولان أحدهما انه لا يعطى ولده ولا زوجته من الفىء شيئا لأن ما كان يصل اليهما على سبيل التبع لمن يعولهما وقد زال الاصل وانقطع التبع والثانى انه يعطى الولد الى أن يبلغ وتعطى الزوجة الى أن تتزوج لأن فى ذلك مصلحة فان المجاهد اذا علم انه يعطى عياله بعد موته توفر على الجهاد واذا علم انه لا يعطى اشتغل بالكسب لعياله و تعطل الجهاد فاذا قلنا بهذا فبلغ الولد فان كان لا يصلح للقتال كالاعمى والزمن أعطى الكفاية كما كان يعطى قبل البلوغ وان كان يصلح للقتال وأراد الجهاد فرض له وان لم يرد الجهاد لم يكن له فى الفىء حق لانه صار من أهل الكسب وان تزوجت الزوجة سقط حقهما من الفىء لأنها استغنت بالزوج وان دخل وقت العطاء فمات المجاهد انتقل حقه الى ورثته لانه مات بعد الاستحقاق فانتقل حقه الى الوارث

﴿فصل﴾ وان كان فى الفىء أراض كان خمسها لاهل الخمس فأما أربعة أخماسها فقد قال الشافعى رحمه الله تكون وقفا فمن أصحابنا من قال هذا على القول الذى يقول انه للمصالح فان المصلحة فى الاراضى أن تكون وقفا لانها تبقى فتصرف غلتها فى المصالح وأما اذا قلنا انها للمقاتلة فانه يجب قسمتها بين أهل الفىء لانها صارت لهم فوجبت قسمتها بينهم كأربعة أخماس الغنيمة ومن أصحابنا من قال تكون وقفا على القولين فان قلنا انها للمصالح صرفت غلتها فى المصالح وان قلنا انها للمقاتلة صرفت غلتها فى مصالحهم لان الاجتهاد فى مال الفىء الى الامام ولهذا يجوز أن يفضل بعضهم على بعض و يخالف الغنيمة فانه ليس للامام فيها الاجتهاد ولهذا لا يجوز أن يفضل بعض الغانمين على بعض و بالله التوفيق

(قوله حلف المطيبين وحلف الفضول) هما حلفان كانا فى الجاهلية من قريش. وسموا المطيبين لأن عاتكة بنت عبد المطلب عملت لهم طيبا فى جفنة وتركتها فى الحجر فغمسوا أيديهم فيها وتحالفوا. وقيل انهم مسحوا به الكعبة توكيدا على أنفسهم. ولأى أمر تحالفوا؟ قيل على منع الظالم ونصر المظلوم. وقيل لان بنى عبد الدار أرادت أخذ السقاية والرفادة من بنى هاشم فتحالفوا على منعهم. ونحر الآخرون جزورا وغمسوا أيديهم فى الدم. وقيل سموا المطيبين لانهم تحالفوا على أن ينفقوا أو يطعموا الوفود من طيب أموالهم. وفى حلف الفضول وجهان أحدهما انه اجتمع فيه رجال الفضل بن الحارث والفضل بن وداعة والفضل ابن فضالة. والفضول جمع الفضل قال الهروى يقال فضل وفضول كما يقال سعد وسعود. وقال الواقدى هم قوم من جرهم تحالفوا يقال لهم فضل وفضال وفضالة فلما تحالفت قريش على مثله سموا حلف الفضول. وقيل كان تحالفهم على أن لا يجدوا بمكة مظلوما من أهلها ومن غيرهم الا قاموا معه والثانى أنهم تحالفوا على أن ينفقوا من فضول أموالهم فسموا بذلك حلف الفضول. وسموا حلف الفضول لفاضل ذلك الطيب. وتوفر على الجهاد أى كثرت رغبته وهمته فيه من الوفر وهو كثرة المال

﴿ باب الجزية ﴾

لا يجوز أخذ الجزية ممن لا كتاب له ولا شبهة كتاب كعبدة الأوثان لقوله عز وجل قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فخص أهل الكتاب بالجزية فدل على أنها لا تؤخذ من غيرهم ويجوز أخذها من أهل الكتابين وهم اليهود والنصارى للآية ويجوز أخذها ممن بدل منهم دينه لانه وان لم تكن لهم حرمة بأنفسهم فلهم حرمة بآبائهم ويجوز أخذها من المجوس لما روى عبد الرحمن ابن عوف أن النبي ﷺ قال سنوا بهم سنة أهل الكتاب وروى أيضا عبد الرحمن بن عوف أن النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر واختلف قول الشافعي رحمه الله هل كان لهم كتاب أم لا فقال فيه قولان أحدهما أنهم لم يكن لهم كتاب والدليل عليه قوله عز وجل وهذا كتاب أنزلناه مبارك فاتبعوه واتقوا لعلكم ترحمون أن تقولوا انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا وان كنا عن دراستهم لغافلين والثانى أنه كان لهم كتاب والدليل عليه ما روى عن على كرم الله وجهه أنه قال كان لهم علم يعلمونه وكتاب يدرسونه وأن ملكهم سكر فوقع على ابنته أو أخته فاطلع عليه بعض أهل مملكته فجاؤا يقيمون عليه الحد فامتنع فرفع الكتاب من بين أظهرهم وذهب العلم من صدورهم

﴿ فصل ﴾ وان دخل وثنى فى دين أهل الكتاب نظرت فان دخل قبل التبديل أخذت منه الجزية وعقدت له الذمة لانه دخل فى دين حق وان دخل بعد التبديل نظرت فان دخل فى دين من بدل لم تؤخذ منه الجزية ولم تعقد له الذمة لانه دخل فى دين باطل وان دخل فى دين من لم يبدل فان كان ذلك قبل النسخ بشريعة بعده أخذت منه الجزية لانه دخل فى دين حق وان كان بعد النسخ بشريعة بعده لم تؤخذ منه الجزية وقال المزنى رحمه الله تؤخذ منه ووجهه أنه دخل فى دين يقر عليه أهله وهذا خطأ لانه دخل فى دين باطل فلم تؤخذ منه الجزية كالمسلم اذا ارتد وان دخل فى دينهم ولم يعلم أنه دخل فى دين من بدل أو فى دين من لم يبدل كنصارى العرب وهم بهراء وتنوخ وتغلب أخذت منهم الجزية لان عمر رضى الله عنه أخذ منهم الجزية باسم الصدقة ولانه أشكل أمره فحقن دمه بالجزية احتياطا للدم وأما من تمسك بالكتب التى أنزلت على شيث وابراهيم وداود ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق انهم يقرون ببذل الجزية لانهم أهل كتاب فأقروا ببذل الجزية كاليهود والنصارى والثانى لا يقرون لان هذه الصحف كالاحكام التى تنزل بها الوحى وأما السامرة والصابئون ففيهم وجهان أحدهما أنه تؤخذ منهم الجزية والثانى لا تؤخذ وقد بيناها فى كتاب النكاح وأما من كان أحد أبويه وثنيا والآخر كتابيا فعلى ما ذكرناه فى النكاح وان دخل وثنى فى دين أهل الكتاب وله ابن صغير فجاء الاسلام وبلغ الابن واختار المقام على الدين الذى انتقل اليه أبوه أخذت منه الجزية لانه تبعه فى الدين فأخذت منه الجزية وان غزا المسلمون قوما من الكفار لا يعرفون دينهم فادعوا أنهم من أهل الكتاب أخذت منهم الجزية لانه لا يمكن معرفة دينهم الا من جهتهم فقبل قولهم وان أسلم منهم اثنان وعدلا وشهدا انهم من غير أهل الكتاب نبذ اليهم عهدهم لانه بان بطلان دعواهم

﴿ فصل ﴾ وأقل الجزية دينار لما روى معاذ بن جبل رضى الله عنه قال بعثنى رسول الله ﷺ الى اليمن وأمرنى أن آخذ من كل حالم دينارا أو عدله معافر يا وان التزم أكثر من دينار عقدت له الذمة أخذ بأدائه لانه عوض فى عقد منع الشرع فيه من النقصان عن دينار وبقى الامر فيما زاد على ما يقع عليه التراضى كما لو وكل وكيلا فى بيع سلعة وقال لا تبع بما دون دينار فان امتنع قوم من أداء الجزية باسم الجزية وقالوا نؤدى باسم الصدقة ورأى الامام أن يأخذ باسم الصدقة جاز لان نصارى العرب قالوا لعمر

﴿ ومن باب الجزية ﴾

سميت جزية لانها قضاء عما عليهم مأخوذ من قولهم جزى يجزى اذا قضى. قال الله تعالى لا تجزى نفس عن نفس شيئا أى لا تقضى ولا تغنى وفى الحديث أنه قال لابى بردة بن نيار فى الاضحية بالجذع من المعز تجزئ عنك ولا تجزئ عن أحد بعدك. والمتجازى المتقاضى عند العرب. وقيل الجزاء الغناء قال الشاعر * متيم عندها لم يجز مكبول * أى لم يفد. ويدينون دين الحق أى يطيعون والدين الطاعة والانقياد (قوله سنوا بهم سنة أهل الكتاب) أى خذوهم على طريقهم أى أمنوهم وخذوا عنهم الجزية. والسنة الطريق (قوله نبذ اليهم عهدهم) أى رمى به. والنبذ الرمى

رضي الله عنه لا نؤدي ما تؤدي العجم ولكن خذ منا باسم الصدقة كما تأخذ من العرب فأبى عمر رضي الله عنه وقال لا أقركم الا بالجزية فقالوا خذ منا ضعف ما تأخذ من المسلمين فأبى عليهم فأرادوا اللحاق بدار الحرب فقال زرعة بن النعمان أو النعمان بن زرعة لعمر ان بني تغلب عرب وفيهم قوة فخذ منهم ما قد بذلوا ولا تدعهم أن يلحقوا بعدوك فصالحهم على أن يضعف عليهم الصدقة وان كان ما يؤخذ منهم باسم الصدقة لا يبلغ الدينار وجب اتمام الدينار لان الجزية لا تكون أقل من دينار وان أضعف عليهم الصدقة فبلغت دينارين فقالوا أسقط عنا دينارا وخذ منا دينارا باسم الجزية وجب أخذ الدينار لان الزيادة وجبت لتغيير الاسم فاذا رضوا بالاسم وجب اسقاط الزيادة

﴿فصل﴾ والمستحب أن يجعل الجزية على ثلاث طبقات فيجعل على الفقير المعتمل دينارا وعلى المتوسط دينارين وعلى الغني أربعة دنانير لان عمر رضي الله عنه بعث عثمان بن حنيف الى الكوفة فوضع عليهم ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين واثني عشر ولان بذلك يخرج من الخلاف لان أبا حنيفة لا يجيز الا كذلك

﴿فصل﴾ ويجوز أن يضرب الجزية على مواشيهم وعلى ما يخرج من الارض من ثمر أو زرع فان كان لا يبلغ ما يضرب على الماشية وما يخرج من الارض دينارا لم يجز لان الجزية لا تجوز أن تنقص عن دينار وان شرط أنه ان نقص عن دينار تمم الدينار جاز لانه يتحقق حصول الدينار وان غلب على الظن أنه يبلغ الدينار ولم يشترط انه لو نقص الدينار تمم الدينار ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجوز لانه قد ينقص عن الدينار والثاني أنه يجوز لان الغالب في الثمار انها لا تختلف وان ضرب الجزية على ما يخرج من الارض فباع الارض من مسلم صح البيع لانه ماله وينتقل ما ضرب عليها الى الرقبة لانه لا يمكن أخذ ما ضرب عليها من المسلم لقوله ﷺ لا ينبغي لمسلم أن يؤدي الخراج ولانه جزية فلا يجوز أخذها من المسلم ولا يجوز اقرار الكافر على الكفر من غير جزية فانتقل الى الرقبة

﴿فصل﴾ وتجب الجزية في آخر الحول لان النبي ﷺ كتب الى أهل اليمن أن يؤخذ من كل حالم في كل سنة دينار وروى أبو مجلز أن عثمان بن حنيف وضع على الرءوس على كل رجل أربعة وعشرين في كل سنة فان مات أو أسلم بعد الحول لم يسقط ما وجب لانه عوض عن الحقن والمساكنة وقد استوفى ذلك فاستقر عليه العوض كالأجرة بعد استيفاء المنفعة فان مات أو أسلم في أثناء الحول ففيه قولان أحدهما أنه لا يلزمه شيء لانه مال يتعلق وجوبه بالحول فسقط بموته في أثناء الحول كالزكاة والثاني وهو الصحيح أنه يلزمه من الجزية بحصة ما مضى لانها تجب عوضا عن الحقن والمساكنة وقد استوفى البعض فوجب عليه بحصته كما لو استأجر عينا مدة واستوفى المنفعة في بعضها ثم هلكت العين

﴿فصل﴾ ويجوز أن يشترط عليهم في الجزية ضيافة من يمر بهم من المسلمين لما روى أن النبي ﷺ صالح أكيدر دومة من نصارى أيلة على ثلثمائة دينار وكانوا ثلثمائة رجل وأن يضيفوا من يمر بهم من المسلمين وروى عبد الرحمن بن غنم قال كتبت لعمر بن الخطاب رضي الله عنه حين صالح نصارى أهل الشام بسم الله الرحمن الرحيم هذا كتاب لعبد الله عمر بن الخطاب أمير المؤمنين من نصارى مدينة كذى انكم لما قدمتم علينا سألناكم الامان لأنفسنا وذرارينا وأموالنا وشرطنا لكم أن ننزل من يمر بنا من المسلمين ثلاثة أيام نطعمهم. ولا يشرط ذلك عليهم الا برضاهم لانه ليس من الجزية ويشترط عليهم الضيافة بعد الدينار لحديث أكيدر دومة لانه اذا جعل الضيافة من الدينار لم يؤمن أن لا يحصل من بعد الضيافة مقدار الدينار ولا تشترط الضيافة الا على غني أو متوسط وأما الفقير فلا تشترط عليه وان وجبت عليه الجزية لان الضيافة تتكرر فلا يمكنه القيام بها ويجب أن تكون أيام الضيافة من السنة معلومة وعدد من يضاف من الفرسان والرجالة وقدر الطعام والادم والعلوفة معلوما ولانه من الجزية فلم يجز مع الجهل بها ولا يكلفون الا من طعامهم وادامهم لما روي أسلم أن أهل الجزية من أهل الشام أتوا عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقالوا ان المسلمين اذا مروا بنا كلفونا ذبح الغنم والدجاج في ضيافتهم فقال أطعموهم مما تأكلون ولا تزيدوهم على ذلك ويقسط ذلك على قدر جزيتهم ولا تزاد أيام الضيافة على ثلاثة أيام لما روى أن

(قوله يضرب عليها الجزية) أي يجعل ضريبة تؤدى كل سنة مثل ضريبة العبد وهي غلته (قوله دومة) اسم حصن. وأصحاب اللغة يقولون بضم الدال. وأصحاب الحديث يفتحونها قال ذلك الجوهري وقد أخطأ من همزها (قوله والأدم والعلوفة) وهي علف الدواب بضم العين فأما العلوفة بالفتح فهي الناقة والشاة يعلفها ولا يرسلها ترعى وكذا العليفة

النبي ﷺ قال الضيافة ثلاثة أيام وعليهم أن يسكنوهم فى فضول مساكنهم وكنائسهم لما روى عبد الرحمن بن غنم فى الكتاب الذى كتب على نصارى الشام وشرطنا أن لا نمنع كنائسنا أن ينزلها أحد من المسلمين من ليل ونهار وأن توسع أبوابها للمارة وأبناء السبيل فان كثروا وضاق المكان قدم من سبق فاذا جاءوا فى وقت واحد أقرع بينهم لتساويهم وان لم تسعهم هذه المواضع نزلوا فى فضول بيوت الفقراء من غير ضيافة

﴿فصل﴾ ولا تؤخذ الجزية من صبي لحديث معاذ قال أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن آخذ من كل حالم دينارا أو عدله معافريا ولان الجزية تجب لحقن الدم والصبي محقون الدم وان بلغ صبي من أولاد أهل الذمة فهو فى أمان لانه كان فى الامان فلا يخرج منه من غير عناد فان اختار أن يكون فى الذمة ففيه وجهان أحدهما أنه يستأنف له عقد الذمة لان العقد الاول كان للاب دونه فعلى هذا جزيته على مايقع عليه التراضى والثانى لايحتاج الى استئناف عقد لانه تبع الأب فى الأمان فتبعه فى الذمة فعلى هذا يلزمه جزية أبيه وجده من الاب ولا يلزمه جزية جده من الأم لانه لا جزية على الأم فلا يلزمه جزية أبيها

﴿فصل﴾ ولا تؤخذ الجزية من مجنون لانه محقون الدم فلا تؤخذ منه الجزية كالصبي وان كان يجن يوما ويفيق يوما لفق أيام الافاقة فاذا بلغ قدر سنة أخذت منه الجزية لانه ليس تغليب أحد الأمرين بأولى من الآخر فوجب التلفيق وان كان عاقلا فى أول الحول ثم جن فى أثنائه وأطبق الجنون ففى جزية ما مضى من أول الحول قولان كما قلنا فيمن مات أو أسلم فى أثناء الحول

﴿فصل﴾ ولا تؤخذ الجزية من امرأة لما روى أسلم أن عمر رضى الله عنه كتب الى أمراء الجزية أن لا تضربوا الجزية على النساء ولا تضربوا الا على من جرت عليه الموسى ولانها محقونة الدم فلا تؤخذ منها الجزية كالصبي ولا تؤخذ من الخنثى المشكل لجواز أن يكون امرأة وان طلبت امرأة من دار الحرب أن تعقد لها الذمة وتقيم فى دار الاسلام من غير جزية جاز لانه لا جزية عليها ولكن يشترط عليها أن تجرى عليها أحكام الاسلام وان نزل المسلمون على حصن فيه نساء بلا رجال فطلبن عقد الذمة بالجزية ففيه قولان أحدهما أنه لا يعقد لهن لان دماءهن محقونة فعلى هذا يقيمون حتى يفتحوا الحصن و يسترقوهن والثانى أنه يجوز أن يعقد لهن الذمة وتجرى عليهن أحكام المسلمين كما قلنا فى الحربية اذا طلبت عقد الذمة فعلى هذا لا يجوز سبيهن وما بذلن من الجزية كالهدية وان دفعن أخذ منهن وان امتنعن لم يخرجن من الذمة

﴿ فصل ﴾ ولا يؤخذ من العبد ولا من السيد بسببه لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال لا جزية على مملوك ولانه لا يقتل بالكفر فلم تؤخذ منه الجزية كالصبي والمرأة ولا تؤخذ ممن نصفه حر ونصفه عبد لانه محقون الدم فلم تؤخذ منه الجزية كالعبد ومن أصحابنا من قال فيه وجه آخر أنه يؤخذ منه بقدر مافيه من الجزية لانه يملك المال بقدر مافيه من الحرية وان أعتق العبد نظرت فان كان المعتق مسلما عقدت له الذمة بما يقع عليه التراضى من الجزية وان كان ذميا ففيه وجهان أحدهما انه يستأنف له عقد الذمة بما يقع عليه التراضى من الجزية لأن عقد المولى كان له دون العبد والثانى يلزمه جزية المولى لأنه تبعه فى الأمان فلزمه جزيته

﴿ فصل ﴾ وفى الراهب والشيخ الفانى قولان بناء على القولين فى قتلهما فان قلنا يجوز قتلهما أخذت منهما الجزية ليحقن بها دمهما وان قلنا انه لا يجوز قتلهما لم تؤخذ منهما لأن دمهما محقون فلم تؤخذ منهما الجزية كالصبي والمرأة وفى الفقير الذى لا كسب له قولان أحدهما أنه لا تجب عليه الجزية لان عمر رضى الله عنه جعل أهل الجزية طبقات وجعل أدناهم الفقير المعتمل

(قوله أو عدله معافريا) العدل بالكسر المثل المساوى للشىء ومنه عدل الحمل. قال ابن الانبارى العدل بالكسر ما عادله الشىء من جنسه. والعدل بالفتح ماعادله من غير جنسه. قال البصريون العدل والعدل لغتان وهما المثل والمعافر البرود تنسب الى معافر باليمن وهم حى من همدان أى تنسب اليهم الثياب المعافرية (قوله لا تضربوا الجزية) وفى بعضها لا تضعوا ومعناه لا تلزموهم ولا تجعلوها ضريبة (قوله الفقير المعتمل) يقال اعتمل اضطرب فى العمل قال

ان الكريم وأبيك يعتمل * ان لم يجد يوما على من يتكل والمعتمل قد يكون المكتسب بالعمل من الصناعة وغيرها

فدل على أنها لاتجب على غير المعتمل ولانه اذا لم يجب خراج الارض فى أرض لا نبات لها لم يجب خراج الرقاب فى رقبة لا كسب لها فعلى هذا يكون مع الاغنياء فى عقد الذمة فاذا أيسر استؤنف الحول والثانى انها تجب عليه لانها تجب على سبيل العوض فاستوى فيه المعتمل وغير المعتمل كالثمن والأجرة ولان المعتمل وغير المعتمل يستويان فى القتل بالكفر فاستويا فى الجزية فعلى هذا ينظر الى الميسرة فاذا أيسر طولب بجزية ما مضى ومن أصحابنا من قال لا ينظر لانه يقدر على حقن الدم بالاسلام فلم ينظر كما لا ينظر من وجبت عليه كفارة ولا يجد رقبة وهو يقدر على الصوم فعلى هذا يقول له ان توصلت الى أداء الجزية خليناك وان لم تفعل نبذنا اليك العهد

﴿ فصل ﴾ ويثبت الامام عدد أهل الذمة وأسماءهم ويحليهم بالصفات التى لا تتغير بالأيام فيقول طويل أو قصير أو ربعة أو أبيض أو أسود أو أسمر أو أشقر أو أدعج العينين أو مقرون الحاجبين أو أقنى الأنف ويكتب ما يؤخذ من كل واحد منهم ويجعل على كل طائفة عريفا ليجمعهم عند أخذ الجزية ويكتب من يدخل معهم فى الجزية بالبلوغ ومن يخرج منهم بالموت والاسلام وتؤخذ منهم الجزية برفق كما تؤخذ سائر الديون ولا يؤذيهم فى أخذها بقول ولا فعل لانه عوض فى عقد فلم يؤذهم فى أخذه بقول ولا فعل كأجرة الدار ومن قبض منه جزيته كتبت له براءة لتكون حجة له اذا احتاج اليها

﴿ فصل ﴾ وان مات الامام أو عزل وولى غيره ولم يعرف مقدار ما عليهم من الجزية رجع اليهم فى ذلك لانه لا يمكن معرفته مع تعذر البينة الا من جهتهم ويحلفهم استظهارا ولا يجب لان ما يدعونه لا يخالف الظاهر فان قال بعضهم هو دينار وقال بعضهم هو ديناران أخذ من كل واحد منهم ما أقر به لان اقرارهم مقبول ولا تقبل شهادة بعضهم على بعض لان شهادتهم لا تقبل وان ثبت بعد ذلك باقرار أو بينة أن الجزية كانت أكثر استوفى منهم فان قالوا كنا ندفع دينارين دينارا عن الجزية ودينارا هدية فالقول قولهم مع يمينهم واليمين واجبة لأن دعواهم تخالف الظاهر وان غاب منهم رجل سنين ثم قدم وهو مسلم وادعى أنه أسلم فى أول ما غاب ففيه قولان أحدهما أنه لا يقبل قوله ويطالب بجزية ما مضى فى غيبته فى حال الكفر لأن الاصل بقاؤه على الكفر والثانى أنه يقبل لأن الاصل براءة الذمة من الجزية

﴿ باب عقد الذمة ﴾

لا يصح عقد الذمة الا من الامام أو ممن فوض اليه الامام لأنه من المصالح العظام فكان الى الامام ومن طلب عقد الذمة وهو ممن يجوز اقراره على الكفر بالجزية وجب العقد له لقوله عز وجل قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق ثم قال حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فدل على أنهم اذا أعطوا الجزية وجب الكف عنهم وروى بريدة رضى الله عنه أن النبى ﷺ كان اذا بعث أميرا على جيش قال اذا لقيت عدوا من المشركين فادعهم الى الدخول فى الاسلام فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم وان أبوا فادعهم الى اعطاء الجزية فان فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم ولا يجوز عقد الذمة الا بشرطين بذل الجزية والتزام أحكام المسلمين فى حقوق الآدميين فى العقود والمعاملات وغرامات المتلفات فان عقد على غير هذين الشرطين لم يصح العقد والدليل عليه قوله عز وجل قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون والصغار هو أن تجرى عليهم أحكام المسلمين ولا فرق بين الخيابرة وغيرهم فى الجزية والذى يدعيه الخيابرة أن معهم كتابا من على

(قوله أدعج العينين) الدعج شدة سواد المقلة وشدة بياض بياضها (قوله مقرون الحاجبين) هو التقاء طرفيهما. وهو مذموم وضده البلج وهو أن ينقطعا حتى يكون ما بينهما نقيا من الشعر وهو محمود. والقنا احديداب الانف مع ارتفاع قصبته (قوله ويحلفهم استظهارا) مأخوذ من الظهور وهو الظاهر الذى لا خفاء به. والاستظهار الاخذ بالحزم واليقين وأصله عند العرب أن الرجل اذا سافر أخذ مع بعيره بعيرا آخر خوف أن يعيا بعيره فيركب الآخر والبعير هو الظهر ذكره الازهرى

﴿ ومن باب عقد الذمة ﴾

(قوله عن يد) أى عن قهر وقد تقدم ذكره

ابن أبي طالب كرم الله وجهه بالبراءة من الجزية لا أصل له ولم يذكره أحد من علماء الاسلام وأخبار أهل الذمة لا تقبل وشهادتهم لا تسمع

﴿ فصل ﴾ وان كان أهل الذمة في دار الاسلام أخذوا بلبس الغيار وشد الزنار والغيار أن يكون فيما يظهر من ثيابهم ثوب يخالف لونه لون ثيابهم كالأزرق والأصفر ونحوهما والزنار أن يشدوا في أوساطهم خيطا غليظا فوق الثياب وان لبسوا القلانس جعلوا فيها خرقا ليتميزوا عن قلانس المسلمين لما روى عبد الرحمن بن غنم في الكتاب الذي كتبه لعمر حين صالح نصارى الشام فشرطنا أن لا نتشبه بهم في شيء من لباسهم من قلنسوة ولا عمامة ولا نعلين ولا فرق شعر وأن نشد الزنانير في أوساطنا ولأن الله عز وجل أعز الاسلام وأهله وندب الى اعزاز أهله وأذل الشرك وأهله وندب الى اذلال أهله والدليل عليه ما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال بعثت بين يدي الساعة بالسيف حتى يعبد الله ولا يشرك به شيء وجعل الصغار والذل على من خالف أمري فوجب أن يتميزوا عن المسلمين لنستعمل مع كل واحد منهم ما ندبنا اليه وان شرط عليهم الجمع بين الغيار والزنار أخذوا بهما وان شرط أحدهما أخذوا به لأن التمييز يحصل بأحدهما ويجعل في أعناقهم خاتم ليتميزوا به عن المسلمين في الحمام وفي الاحوال التي يتجردون فيها عن الثياب ويكون ذلك من حديد أو رصاص أو نحوهما ولا يكون من ذهب أو فضة لأن في ذلك اعظاما لهم وان كان لهم شعر أمروا بجز النواصي ومنعوا من ارساله كما تصنع الاشراف والأخيار من المسلمين لما روى عبد الرحمن بن غنم في كتاب عمر على نصارى الشام وشرطنا أن نجز مقادم رءوسنا ولا يمنعون من لبس العمائم والطيلسان لأن التمييز يحصل بالغيار والزنار وهل يمنعون من لبس الديباج فيه وجهان أحدهما أنهم يمنعون لما فيه من التجبر والتفخيم والتعظيم والثاني أنهم لا يمنعون كما لا يمنعون من لبس المرتفع من القطن والكتان وتؤخذ نساؤهم بالغيار والزنار لما روى أن عمر كتب الى أهل الآفاق أن مروا نساء أهل الأديان أن يعقدن زنانيرهن وتكون زنانيرهن تحت الازار لأنه اذا كان فوق الازار انكشفت رءوسهن واتصفت أبدانهن ويجعلن في أعناقهن خاتم حديد ليتميزن به عن المسلمات في الحمام كما قلنا في الرجال وان لبسن الخفاف جعلن الخفين من لونين ليتميزن عن النساء المسلمات ويمنعون من ركوب الخيل لما روى في حديث عبد الرحمن بن غنم شرطنا أن لا نتشبه بالمسلمين في مراكبهم وان ركبوا الحمير والبغال ركبوها على الأكف دون السروج ولا يتقلدون السيوف ولا يحملون السلاح لما روى عبد الرحمن بن غنم في كتاب عمر ولا نركب بالسروج ولا نتقلد بالسيوف ولا نتخذ شيئا من السلاح ولا نحمله ويركبون عرضا من جانب واحد لما روى ابن عمر أن عمر كان يكتب الى عماله يأمرهم أن يجعل أهل الكتاب المناطق في أوساطهم وأن يركبوا الدواب عرضا على شق

﴿ فصل ﴾ ولا يبدأون بالسلام ويلجئون الى أضيق الطرق لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ اذا لقيتم المشركين في طريق فلا تبدءوهم بالسلام واضطروهم الى أضيقها ولا يصدرون في المجالس لما روى عبد الرحمن بن غنم في كتاب عمر وأن نوقر المسلمين ونقوم لهم من مجالسنا اذا أرادوا الجلوس ولأن في تصديرهم في المجالس اعزازا لهم وتسوية بينهم وبين المسلمين في الاكرام فلم يجز ذلك

﴿ فصل ﴾ ويمنعون من احداث بناء يعلو بناء جيرانهم من المسلمين لقوله ﷺ الاسلام يعلو ولا يعلى وهل يمنعون من مساواتهم في البناء فيه وجهان أحدهما أنهم لا يمنعون لأنه يؤمن من أن يشرف المشرك على المسلم والثاني انهم يمنعون لأن القصد

(قوله أخذوا بلبس الغيار) بالفتح وهو الاسم. واما الغيار بالكسر فهو المصدر كالفخار والفخار. وقال الصنعاني في تكملته الغيار بالكسر علامة أهل الذمة كالزنار وعلامة المجوس. جعله اسما كالشعار والدثار (قوله الطيلسان) هو الرداء يشتمل به الرجل على كتفيه ورأسه وظهره وقد يكون مقورا (قوله ركبوها على الأكف) هو جمع اكاف آلة تجعل على الحمار يركب عليها بمنزلة السرج قال كالبرذون المشدود بالاكف يقال اكاف ووكاف. ويلجئون الى أضيق الطرق أي يضطرون يقال ألجأته الى الشيء اضطررته اليه (قوله ولا يصدرون في المجالس) أي لا يجعلون صدورا. وهم السادة الذين يصدر عن أمرهم ونهيهم

أن يعلو الاسلام ولا يحصل ذلك مع المساواة وان ملكوا دارا عالية أقروا عليها وان كانت أعلى من دور جيرانهم لأنه ملكها على هذه الصفة وهل يمنعون من الاستعلاء فى غير محلة المسلمين فيه وجهان أحدهما أنهم لا يمنعون لأنه يؤمن مع البعد أن يعلوا على المسلمين والثانى أنهم يمنعون فى جميع البلاد لأنهم يتطاولون على المسلمين

﴿ فصل ﴾ ويمنعون من اظهار الخمر والخنزير وضرب النواقيس والجهر بالتوراة والانجيل واظهار الصليب واظهار أعيادهم ورفع الصوت على موتاهم لما روى عبد الرحمن بن غنم فى كتاب عمر رضى الله عنه على نصارى الشام شرطنا أن لا نبيع الخمور ولا نظهر صلباننا ولا كتبنا فى شىء من طرق المسلمين ولا أسواقهم ولا نضرب نواقيسنا الا ضربا خفيا ولا نرفع أصواتنا بالقراءة فى كنائسنا فى شىء من حضرة المسلمين ولا نخرج شعانيننا ولا باعوثنا ولا نرفع أصواتنا على موتانا

﴿ فصل ﴾ ويمنعون من احداث الكنائس والبيع والصوامع فى بلاد المسلمين لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال أيما مصر مصرته العرب فليس للعجم أن يبنوا فيه كنيسة وروى عبد الرحمن بن غنم فى كتاب عمر على نصارى الشام انكم لما قدمتم علينا شرطنا لكم على أنفسنا أن لا نحدث فى مدائننا ولا فيما حولها ديرا ولا قلاية ولا كنيسة ولا صومعة راهب وهل يجوز اقرارهم على ما كان منها قبل الفتح ينظر فيه فان كان فى بلد فتح صلحا واستثنى فيه الكنائس والبيع جاز اقرارها لأنه اذا جاز أن يصالحوا على أن لنا النصف ولهم النصف جاز أن يصالحوا على أن لنا البلد الا الكنائس والبيع وان كان فى بلد فتح عنوة أو فتح صلحا ولم تستثن الكنائس والبيع ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجوز كما لا يجوز اقرار ما أحدثوا بعد الفتح والثانى أنه يجوز لأنه لما جاز اقرارهم على ما كانوا عليه من الكفر جاز اقرارهم على ما يبنى للكفر وما جاز تركه من ذلك فى دار الاسلام اذا انهدم فهل يجوز اعادته فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى وأبى على ابن أبى هريرة أنه لا يجوز لما روى كثير بن مرة قال سمعت عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول قال رسول الله ﷺ لا تبنى الكنيسة فى دار الاسلام ولا يجدد ما خرب منها وروى عبد الرحمن بن غنم فى كتاب عمر بن الخطاب على نصارى الشام ولا يجدد ما خرب منها ولأنه بناء كنيسة فى دار الاسلام فمنع منه كما لو بناها فى موضع آخر والثانى أنه يجوز لأنه لما جاز تشييد ما تشعب منها جاز اعادة ما انهدم وان عقدت الذمة فى بلد لهم ينفردون به لم يمنعوا من احداث الكنائس والبيع والصوامع ولا من اعادة ما خرب منها ولا يمنعون من اظهار الخمر والخنزير والصليب وضرب الناقوس والجهر بالتوراة والانجيل واظهار ما لهم من الأعياد ولا يؤخذون بلبس الغيار وشد الزنانير لأنهم فى دارهم فلم يمنعوا من اظهار دينهم فيه

﴿ فصل ﴾ ويجب على الامام الذب عنهم ومنع من يقصدهم من المسلمين والكفار واستنقاذ من أسر منهم واسترجاع ما أخذ من أموالهم سواء كانوا مع المسلمين أو كانوا منفردين عنهم فى بلد لهم لأنهم بذلوا الجزية لحفظهم وحفظ أموالهم فان لم يدفع عنهم حتى مضى حول لم تجب الجزية عليهم لأن الجزية للحفظ وذلك لم يوجد فلم يجب ما فى مقابلته كما لا تجب الأجرة اذا لم يوجد التمكين من المنفعة وان أخذ منهم خمر أو خنزير لم يجب استرجاعه لأنه يحرم فلا يجوز اقتناؤه فى الشرع فلم تجب المطالبة به

﴿ فصل ﴾ وان عقدت الذمة بشرط أن لا يمنع عنهم أهل الحرب نظرت فان كانوا مع المسلمين أو فى موضع اذا قصدهم أهل الحرب كان طريقهم على المسلمين لم يصح العقد لأنه عقد على تمكين الكفار من المسلمين فلم يصح وان كانوا منفردين عن المسلمين فى موضع ليس لأهل الحرب طريق على المسلمين صح العقد لأنه ليس فيه تمكين الكفار من المسلمين وهل يكره هذا الشرط قال الشافعى رضى الله عنه فى موضع يكره وقال فى موضع لا يكره وليست المسئلة على قولين وانما هى على اختلاف حالين فالموضع الذى قال يكره اذا طلب الامام الشرط لأن فيه اظهار ضعف المسلمين والموضع الذى قال لا يكره اذا طلب أهل الذمة الشرط

(قوله ولا نخرج شعانيننا ولا باعوثنا) قال الزمخشرى والخطابى الشعانين عيدهم الاول قبل فصحهم باسبوع يخرجون لصلبانهم. والباعوث بالعين المهملة والثاء المثلثة استسقاؤهم يخرجون بصلبانهم الى الصحراء يستسقون قال وروى ولا باعوثا وجدته مضبوطا بالعين والغين والثاء بثلاث فيهما وأظن النون خطأ تصحيف قال وهو عيد لهم صولحوا على أن لا يظهروا زيهم للمسلمين فيفتنوهم (قوله ديرا ولا قلاية) قال الخطابى الدير والقلاية متعبدانهم تشبه الصومعة. وروى قلية. وروى بتخفيف الياء المعجمة باثنتين من تحتها (قوله ويجب على الامام الذب عنهم) هو المنع والدفع عنهم لمن يريد ظلمهم وهلاكهم

لأنه ليس فيه اظهار ضعف المسلمين وان أغار أهل الحرب على أهل الذمة وأخذوا أموالهم ثم ظفر الامام بهم واسترجع ما أخذوه من أهل الذمة وجب على الامام رده عليهم وان أتلفوا أموالهم أو قتلوا منهم لم يضمنوا لأنهم لم يلتزموا أحكام المسلمين وان أغار من بيننا وبينهم هدنة على أهل الذمة وأخذوا أموالهم وظفر بهم الامام واسترجع ما أخذوه وجب رده على أهل الذمة وان أتلفوا أموالهم وقتلوا منهم وجب عليهم الضمان لأنهم التزموا بالهدنة حقوق الآدميين وان نقضوا العهد وامتنعوا فى ناحية ثم أغاروا على أهل الذمة وأتلفوا عليهم أموالهم وقتلوا منهم ففيه قولان أحدهما أنه يجب عليهم الضمان والثانى لا يجب كالقولين فيما يتلف أهل الردة اذا امتنعوا وأتلفوا على المسلمين أموالهم أو قتلوا منهم

﴿ فصل ﴾ وان تحاكم مشركان الى حاكم المسلمين نظرت فان كانا معاهدين فهو بالخيار بين أن يحكم بينهما وبين أن لا يحكم لقوله عز وجل فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ولا يختلف أهل العلم أن هذه الآية نزلت فيمن وادعهم رسول الله ﷺ من يهود المدينة قبل فرض الجزية وان حكم بينهما لم يلزمهما حكمه وان دعا الحاكم أحدهما ليحكم بينهما لم يلزمه الحضور وان كانا ذميين نظرت فان كانا على دين واحد ففيه قولان أحدهما أنه بالخيار بين أن يحكم بينهما وبين أن لا يحكم لأنهما كافران فلا يلزمه الحكم بينهما كالمعاهدين وان حكم بينهما لم يلزمهما حكمه وان دعا أحدهما ليحكم بينهما لم يلزمه الحضور والقول الثانى أنه يلزمه الحكم بينهما وهو اختيار المزنى لقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولأنه يلزمه دفع ما قصد كل واحد منهما بغير حق فلزمه الحكم بينهما كالمسلمين وان حكم بينهما لزمهما حكمه وان دعا أحدهما ليحكم بينهما لزمه الحضور وان كانا على دينين كاليهودى والنصرانى ففيه طريقان أحدهما أنه على القولين كالقسم قبله لأنهما كافران فصارا كما لو كانا على دين واحد والثانى قول أبى على ابن أبى هريرة أنه يجب الحكم بينهما قولا واحدا لانهما اذا كانا على دين واحد فلم يحكم بينهما تحاكما الى رئيسهما فيحكم بينهما واذا كانا على دينين لم يرض كل واحد منهما برئيس الآخر فيضيع الحق واختلف أصحابنا فى موضع القولين فمنهم من قال القولان فى حقوق الآدميين وفى حقوق الله تعالى ومنهم من قال القولان فى حقوق الآدميين وأما حقوق الله تعالى فانه يجب الحكم بينهما قولا واحدا لأن لحقوق الآدميين من يطالب بها ويتوصل الى استيفائها فلا تضيع بترك الحكم بينهما وليس لحقوق الله تعالى من يطالب بها فاذا لم يحكم بينهما ضاعت ومنهم من قال القولان فى حقوق الله تعالى فأما فى حقوق الآدميين فانه يجب الحكم بينهما قولا واحدا لأنه اذا لم يحكم بينهما فى حقوق الآدميين ضاع حقه واستضر ولا يوجد ذلك فى حقوق الله تعالى فان تحاكم اليه ذمى ومعاهد ففيه قولان كالذميين وان تحاكم اليه مسلم وذمى أو مسلم ومعاهد لزمه الحكم بينهما قولا واحدا لأنه يلزمه دفع كل واحد منهما عن ظلم الآخر فلزمه الحكم بينهما ولا يحكم بينهما الا بحكم الاسلام لقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولقوله تعالى وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط وان تحاكم اليه رجل وامرأة فى نكاح فان كانا على نكاح لو أسلما عليه لم يجز اقرارهما عليه كنكاح ذوات المحارم حكم بابطاله وان كانا على نكاح لو أسلما عليه جاز اقرارهما عليه حكم بصحته لأن أنكحة الكفار محكوم بصحتها والدليل عليه قوله تعالى وقالت امرأة فرعون فأضاف الى فرعون زوجته وقوله تعالى وامرأته حمالة الحطب فأضاف الى أبى لهب زوجته ولأنه أسلم خلق كثير على أنكحة فى الكفر فأقروا على أنكحتهم فان طلقها أو آلى منها وظاهر منها حكم فى الجميع بحكم الاسلام

﴿ فصل ﴾ وان تزوجها على مهر فاسد وسلم اليها بحكم حاكمهم ثم ترافعا الينا ففيه قولان أحدهما يقرون عليه لأنه مهر مقبوض فأقرا عليه كما لو أقبضها من غير حكم والثانى أنه يجب لها مهر المثل لأنها قبضت عن اكراه بغير حق فصار كما لو لم تقبض

﴿ فصل ﴾ ومن أتى من أهل الذمة محرما يوجب عقوبة نظرت فان كان ذلك محرما فى دينه كالقتل والزنا والسرقة والقذف وجب عليه ما يجب على المسلم والدليل عليه ما روى أنس رضى الله عنه أن يهوديا قتل جارية على أوضاح لها بحجر فقتله رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حجرين وروى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بيهوديين قد فجرا بعد احصانهما فأمر بهما فرجما ولأنه محرم فى دينه وقد التزم حكم الاسلام بعقد الذمة فوجب عليه ما يجب على المسلم وان كان يعتقد اباحته كشرب الخمر لم يجب عليه الحد لأنه لا يعتقد تحريمه فلم يجب عليه عقوبة كالكفر فان تظاهر به عزر لأنه اظهار منكر فى دار الاسلام فعزر عليه

﴿ فصل ﴾ اذا امتنع الذمي من التزام الجزية أو امتنع من التزام أحكام المسلمين انتقض عهده لان عقد الذمة لا ينعقد الا بهما فلم يبق دونهما وان قاتل المسلمين انتقض عهده سواء شرط عليه تركه في العقد أو لم يشرط لان مقتضى عقد الذمة الأمان من الجانبين والقتال ينافي الامان فانتقض به العهد وان فعل ما سوى ذلك نظرت فان كان مما فيه اضرار بالمسلمين فقد ذكر الشافعي رحمه الله تعالى ستة أشياء وهو أن يزني بمسلمة أو يصيبها باسم النكاح أو يفتن مسلما عن دينه أو يقطع عليه الطريق أو يؤوي عينا لهم أو يدل على عوراتهم وأضاف اليه أصحابنا أن يقتل مسلما فان لم يشرط الكف عن ذلك في العقد لم ينتقض عهده لبقاء ما يقتضي العقد من التزام أداء الجزية والتزام أحكام المسلمين والكف عن قتالهم وان شرط عليهم الكف عن ذلك في العقد ففيه وجهان أحدهما أنه لا ينتقض به العهد لأنه لا ينتقض به العهد من غير شرط فلا ينتقض به مع الشرط كاظهار الخمر والخنزير وترك الغيار والثاني أنه ينتقض به العهد لما روي أن نصرانيا استكره امرأة مسلمة على الزنا فرفع الى أبي عبيدة ابن الجراح فقال ما على هذا صالحناكم وضرب عنقه ولان عقوبة هذه الافعال تستوفى عليه من غير شرط فوجب أن يكون لشرطها تأثير ولا تأثير الا ماذكرناه من نقض العهد فان ذكر الله عز وجل أو كتابه أو ذكر رسول الله ﷺ أو دينه بما لا ينبغي فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحاق في حكمه حكم الثلاثة الاولى وهي الامتناع من التزام الجزية والتزام أحكام المسلمين والاجتماع على قتالهم وقال عامة أصحابنا حكمه حكم ما فيه ضرر بالمسلمين وهي الأشياء السبعة ان لم يشترط في العقد الكف عنه لم ينقض العهد وان شرط الكف عنه فعلى الوجهين لان في ذلك اضرارا بالمسلمين لما يدخل عليهم من العار فألحق بما ذكرناه مما فيه اضرار بالمسلمين ومن أصحابنا من قال من سب رسول الله ﷺ وجب قتله لما روي أن رجلا قال لعبد الله بن عمر سمعت راهبا يشتم رسول الله ﷺ فقال لو سمعته لقتلته انا لم نعطه الأمان على هذا وان أظهر من منكر دينهم ما لا ضرر فيه على المسلمين كالخمر والخنزير وضرب الناقوس والجهر بالتوراة والانجيل وترك الغيار لم ينتقض العهد شرط أو لم يشرط واختلف أصحابنا في تعليله فمنهم من قال لا ينتقض العهد لأنه اظهار ما لا ضرر فيه على المسلمين ومنهم من قال ينتقض لأنه اظهار ما يتدينون به واذا فعل ما ينتقض به العهد ففيه قولان أحدهما أنه يرد الى مأمنه لأنه حصل في دار الاسلام بأمان فلم يجز قتله قبل الرد الى مأمنه كما لو دخل دار الاسلام بأمان صبي والثاني وهو الصحيح أنه لا يجب رده الى مأمنه لأن أبا عبيدة بن الجراح قتل النصراني الذي استكره المسلمة على الزنا ولم يرده الى مأمنه ولأنه مشرك لا أمان له فلم يجب رده الى مأمنه كالأسير ويخالف من دخل بأمان الصبي لأن ذلك غير مفرط لأنه اعتقد صحة عقد الأمان فرد الى مأمنه وهذا مفرط لانه نقض العهد فلم يرد الى مأمنه فعلى هذا يختار الامام ما يراه من القتل والاسترقاق والمن والفداء كما قلنا في الاسير

﴿ فصل ﴾ ولا يمكن مشرك من الاقامة في الحجاز قال الشافعي رحمه الله هي مكة والمدينة واليمامة ومخاليفها قال الاصمعي سمي حجازا لانه حاجز بين تهامة ونجد والدليل عليه ما روى ابن عباس رضي الله عنه قال اشتد برسول الله ﷺ وجعه فقال أخرجوا المشركين من جزيرة العرب وأراد الحجاز والدليل عليه ما روى أبو عبيدة بن الجراح رضي الله عنه قال آخر ما تكلم به رسول الله ﷺ أخرجوا اليهود من الحجاز وأهل نجران من جزيرة العرب وروى ابن عمر أن عمر رضي الله عنه أجلى اليهود والنصارى من الحجاز ولم ينقل أن أحدا من الخلفاء أجلى من كان باليمن من أهل الذمة وان كانت من جزيرة العرب فان جزيرة العرب في قول الاصمعي من أقصى عدن الى ريف العراق في الطول ومن جدة وما والاها من ساحل البحر الى أطرار الشام في العرض وفي قول أبي عبيدة ما بين حفر أبي موسى الاشعري الى أقصى اليمن في الطول وما بين النهرين الى السماوة في العرض قال يعقوب حفر أبي موسى على منازل من البصرة من طريق مكة على خمسة أو ستة منازل وأما نجران فليست من الحجاز ولكن

(قوله جزيرة العرب) سميت جزيرة لان البحرين بحر فارس وبحر الحبشة والرافدين قد أحاطت بها. والرافدان دجلة والفرات قال

و وليت العراق ورافديه ✽ فزاريا أحذ يد القميص

(قوله ريف العراق) حيث المزارع ومواضع الخصب منها (قوله الى أطرار الشام) الجوهري اطرار الشام أطرافها. وحفر أبي موسى ركايا احتفرها بطريق مكة من البصرة بين ماوية والنجشانيات وكان لا يوجد بها قطرة ماء ولها حكاية.

صالحهم رسول الله ﷺ على أن لا يأكلوا الربا فأكلوه ونقضوا العهد فأمر باجلائهم فأجلاهم عمر ويجوز تمكينهم من دخول الحجاز لغير الاقامة لان عمر رضى الله عنه أذن لمن دخل منهم تاجرا فى مقام ثلاثة أيام ولا يمكنون من الدخول بغير اذن الامام لان دخولهم انما أجيز لحاجة المسلمين فوقف على رأى الامام فان استأذن فى الدخول فان كان للمسلمين فيه منفعة بدخوله لحمل ميرة أو أداء رسالة أو عقد ذمة أو عقد هدنة أذن فيه لان فيه مصلحة للمسلمين فان كان فى تجارة لا يحتاج اليها المسلمون لم يؤذن له الا بشرط أن يأخذ من تجارتهم شيئا لان عمر رضي الله عنه أمر أن تؤخذ من أنباط الشام من حمل القطنية من الحبوب العشر ومن حمل الزيت والقمح نصف العشر ليكون أكثر للحمل وتقدير ذلك الى رأى الامام لان أخذه باجتهاده فكان تقديره الى رأيه فان دخل للتجارة فله أن يقيم ثلاثة أيام ولا يقيم أكثر منها لحديث عمر رضى الله عنه ولانه لا يصير مقيما بالثلاثة و يصير مقيما بما زاد وان أقام فى موضع ثلاثة أيام ثم انتقل الى موضع آخر وأقام ثلاثة أيام ثم كذلك ينتقل من موضع الى موضع و يقيم فى كل موضع ثلاثة أيام جاز لانه لم يصر مقيما فى موضع ولا يمنع من ركوب بحر الحجاز لانه ليس بموضع للاقامة و يمنع من المقام فى سواحله والجزائر المسكونة فيه لانه من بلاد الحجاز وان دخل لتجارة فمرض فيه ولم يمكنه الخروج أقام حتى يبرأ لانه موضع ضرورة وان مات فيه وأمكن نقله من غير تغير لم يدفن فيه لان الدفن اقامة على التأبيد وان خيف عليه التغير فى النقل عنه لبعد المسافة دفن فيه لانه موضع ضرورة

﴿فصل﴾ ولا يمكن مشرك من دخول الحرم لقوله عز وجل انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا والمسجد الحرام عبارة عن الحرم والدليل عليه قوله عز وجل سبحان الذى أسرى بعبده ليلا من المسجد الحرام الى المسجد الاقصى وأراد به مكة لانه أسرى به من منزل خديجة وروى عطاء أن النبى ﷺ قال لا يدخل مشرك المسجد الحرام فان جاء رسولا خرج اليه من يسمع رسالته وان جاء لحمل ميرة خرج اليه من يشترى منه وان جاء ليسلم خرج اليه من يسمع كلامه وان دخل ومرض فيه لم يترك فيه وان مات لم يدفن فيه وان دفن فيه نبش وأخرج منه للآية ولانه اذا لم يجز دخوله فى حياته فلأن لا يجوز دفن جيفته فيه أولى وان تقطع ترك لأن النبى ﷺ لم يأمر بنقل من مات فيه منهم ودفن قبل الفتح وان دخل بغير اذن فان كان عالما بتحريمه عزر وان كان جاهلا أعلم فان عاد عزر وان أذن له فى الدخول بمال لم يجز فان فعل استحق عليه المسمى لأنه حصل له المعوض ولا يستحق عوض المثل وان كان فاسدا لأنه لا أجرة لمثله والحرم من طريق المدينة على ثلاثة أميال ومن طريق العراق على تسعة أميال ومن طريق الجعرانة على تسعة أميال ومن طريق الطائف على عرفة على سبعة أميال ومن طريق جدة على عشرة أميال

﴿فصل﴾ وأما دخول ما سوى المسجد الحرام من المساجد فانه يمنع منه من غير اذن لما روى عياض الاشعرى أن أبا موسى وفد الى عمر ومعه نصرانى فأعجب عمر خطه فقال قل لكاتبك هذا يقرأ لنا كتابا فقال انه لا يدخل المسجد فقال لم أجنب هو قال لا هو نصرانى قال فانتهره عمر فان دخل من غير اذن عزر لما روت أم غراب قالت رأيت عليا كرم الله وجهه على المنبر و بصر بمجوسى فنزل فضربه وأخرجه من باب كندة فان استأذن فى الدخول فان كان لنوم أو أكل لم يؤذن له لانه يرى ابتذاله تدينا فلا يحميه من أقذاره وان كان لسماع قرآن أو علم فان كان ممن يرجى اسلامه أذن له لقوله عز وجل وان أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ولأنه ربما كان ذلك سببا لاسلامه وقد روى أن عمر رضى الله عنه سمع أخته تقرأ طه فأسلم وان كان جنبا ففيه وجهان أحدهما أنه يمنع من المقام فيه لأنه اذا منع المسلم اذا كان جنبا فلأن يمنع المشرك أولى والثانى أنه لا يمنع لأن المسلم يعتقد تعظيمه فمنع والمشرك لا يعتقد تعظيمه فلم يمنع وان وفد قوم من الكفار ولم يكن للامام موضع ينزلهم فيه جاز أن ينزلهم فى المسجد لما روى أن النبى ﷺ أنزل سبى بنى قريظة والنضير فى مسجد المدينة وربط ثمامة بن أثال فى المسجد

والميرة الطعام الذى يمتاره الانسان أى يجىء به من بعد يقال مار أهله يميرهم اذا حمل اليهم الميرة قال الله تعالى ونمير أهلنا. وأنباط الشام قوم من العجم. والقطنية بكسر القاف هو ما سوى الطعام كالعدس واللوبيا والحمص وما شاكله. و بصر بمجوسى أى نظر وقيل علم قال أبو عبيد فى قوله تعالى بصرت بما لم يبصروا به نظرت من البصر وقال قتادة فطنت من البصيرة. وقال مقاتل علمت. قال الهروى يقال بصر يبصر اذا صار عليما بالشىء فاذا نظرت قلت أبصرت أبصر

﴿فصل﴾ ولا يمكن حربي من دخول دار الاسلام من غير حاجة لأنه لا يؤمن كيده ولعله يدخل للتجسيس أو شراء سلاح فان استأذن في الدخول لأداء رسالة أو عقد ذمة أو هدنة أو حمل ميرة وللمسلمين اليها حاجة جاز الاذن له من غير عوض لأن في ذلك مصلحة للمسلمين واذا انقضت حاجته لم يمكن من المقام فان دخل من غير ذمة ولا أمان فللامام أن يختار ما يراه من القتل والاسترقاق والمن والفداء والدليل عليه ما روى ابن عباس في فتح مكة ومجيء أبي سفيان مع العباس الى رسول الله ﷺ أن عمر دخل وقال يارسول الله هذا أبو سفيان قد أمكن الله منه من غير عقد ولا عهد فدعني أضرب عنقه فقال العباس يارسول الله اني قد أجرته ولأنه حربي لا أمان له فكان حكمه ما ذكرناه كالاسير وان دخل وادعى أنه دخل لرسالة قبل قوله لأنه يتعذر اقامة البينة على الرسالة وان ادعى أنه دخل بأمان مسلم ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقبل قوله لأنه لا يتعذر اقامة البينة على الامان والثاني أنه يقبل قوله وهو ظاهر المذهب لأن الظاهر أنه لا يدخل من غير أمان وان أراد الدخول لتجارة ولا حاجة للمسلمين اليها لم يؤذن له الا بمال يؤخذ من تجارته لأن عمر رضي الله عنه أخذ العشر من أهل الحرب ويستحب أن لا ينقص عن ذلك اقتداء بعمر رضي الله عنه فان نقص باجتهاده جاز لأن أخذه باجتهاده فكان تقديره اليه ولا يؤخذ ما يشترط على الذمي في دخول الحجاز في السنة الا مرة كما لا تؤخذ الجزية منه في السنة الا مرة وما يؤخذ من الحربي في دخول دار الاسلام فيه وجهان أحدهما أنه يؤخذ منه في كل سنة مرة كأهل الذمة في الحجاز والثاني أنه يؤخذ منه في كل مرة يدخل لان الذمي تحت يد الامام ولا يفوت ما شرط عليه بالتأخير والحربي يرجع الى دار الحرب فاذا لم يؤخذ منه فات ما شرط عليه وان شرط أن يؤخذ من تجارته أخذ منه باع أو لم يبع وان شرط أن يؤخذ من ثمن تجارته فكسد المتاع ولم يبع لم يؤخذ منه لأنه لم يحصل الثمن وان دخل الذمي الحجاز أو الحربي دار الاسلام ولم يشرط عليه في دخوله مال لم يؤخذ منه شيء ومن أصحابنا من قال يؤخذ من تجارة الذمي نصف العشر ومن تجارة الحربي العشر لأنه قد تقرر هذا في الشرع بفعل عمر رضي الله عنه فحمل مطلق العقد عليه والمذهب الأول لأنه أمان من غير شرط المال فلم يستحق به مال كالهدنة

﴿ باب الهدنة ﴾

لا يجوز عقد الهدنة لاقليم أو صقع عظيم الا للامام أو لمن فوض اليه الامام لأنه لو جعل ذلك الى كل واحد لم يؤمن أن يهادن الرجل أهل اقليم والمصلحة في قتالهم فيعظم الضرر فلم يجز الا للامام أو للنائب عنه فان كان الامام مستظهرا نظرت فان لم يكن في الهدنة مصلحة لم يجز عقدها لقوله عز وجل ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وأنتم الاعلون والله معكم وان كان فيها مصلحة بأن يرجو اسلامهم أو بذل الجزية أو معاونتهم على قتال غيرهم جاز أن يهادن أربعة أشهر لقوله عز وجل براءة من الله ورسوله الى الذين عاهدتم من المشركين فسيحوا في الارض أربعة أشهر ولا يجوز أن يهادنهم سنة فمازاد لأنها مدة تجب فيها الجزية فلا يجوز اقرارهم فيها من غير جزية وهل يجوز فيما زاد على أربعة أشهر ومادون سنة فيه قولان أحدهما أنه لا يجوز لأن الله تعالى أمر بقتال أهل الكتاب الى أن يعطوا الجزية لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله وأمر بقتال عبدة الأوثان الى أن يؤمنوا لقوله عز وجل فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ثم أذن في الهدنة في أربعة أشهر وبقي ما زاد على ظاهر الآيتين والقول الثاني أنه يجوز لانها مدة تقصر عن مدة الجزية فجاز فيها عقد الهدنة كأربعة أشهر

﴿ ومن باب الهدنة ﴾

اصل الهدنة السكون يقال هدن يهدن هدونا اذا سكن وهدنة اى سكنة يتعدى ولا يتعدى. وهادنته صالحته والاسم منها الهدنة والموادعة بمعنى المهادنة ومعناها المتاركة. والوداع مفارقة ومتاركة يقال دعه اى اتركه ولا يستعمل منه ماض ولا مصدر ولا اسم فاعل ولا اسم مفعول (قوله لا يجوز عقد الهدنة لاقليم اوصقع) الاقليم واحد اقاليم الارض السبعة. والصقع الناحية يقال فلان من اهل هذا الصقع أي من أهل هذه الناحية (قوله فان كان الامام مستظهرا) أى غالبا من قوله تعالى فأصبحوا ظاهرين (قوله ولا تهنوا وتدعوا الى السلم) لاتهنوا لا تضعفوا والوهن الضعف والسلم يفتح ويكسر وهو الصلح بمعنى المسالمة وترك الحرب (قوله وان جنحوا للسلم[1]) أى مالوا الى جانب الصلح والجنح الجانب وجنحت الشمس للغروب مالت (قوله براءة من الله) البراءة خروج من الشيء ومفارقة له (قوله فسيحوا في الارض) اذهبوا آمنين في هذه المدة

---

(١) هذه القولة لاتوجد لها مناسبة هنا

وان كان الامام غير مستظهر بأن كان فى المسلمين ضعف وقلة وفى المشركين قوة وكثرة أوكان الامام مستظهرا لكن العدو على بعدو يحتاج فى قصدهم الى مؤنة مجحفة جاز عقد الهدنة الى مدة تدعو اليها الحاجة وأكثرها عشر سنين لان رسول الله ﷺ هادن قريشا فى الحديبية عشر سنين ولا يجوز فيما زاد على ذلك لان الاصل وجوب الجهاد الافيما وردت فيه الرخصة وهو عشر سنين وبقى مازاد على الاصل وان عقد على عشر سنين وانقضت والحاجة باقية استأنف العقد فيما تدعو الحاجة اليه وان عقد على أكثر من عشر سنين بطل فيما زاد على العشر وفى العشر قولان بناء على تفريق الصفقة فى البيع وان دعت الحاجة الى خمس سنين لم تجز الزيادة عليها فان عقد على مازاد على الخمس سنين بطل العقد فيما زاد وفى الخمس قولان فان عقد الهدنة مطلقا من غير مدة لم يصح لان اطلاقه يقتضى التأبيد وذلك لا يجوز وان هادن على أن له أن ينقض اذا شاء جاز لان النبى صلى الله عليه وسلم وادع يهود خيبر وقال أقركم ما أقركم الله وان قال غير النبى ﷺ هادنتكم الى أن يشاء الله تعالى أو أقررتكم ما أقركم الله تعالى لم يجز لأنه لا طريق له الى معرفة ماعند الله تعالى ويخالف الرسول ﷺ فانه كان يعلم ماعند الله تعالى بالوحى وان هادنهم ماشاء فلان وهو رجل مسلم أمين عالم له رأى جاز فان شاء فلان أن ينقض نقض وان قال هادنتكم ماشئتم لم يصح لأنه جعل الكفار محكمين على المسلمين وقد قال النبى ﷺ الاسلام يعلو ولا يعلى ويجوز عقد الهدنة على مال يؤخذ منهم لأن فى ذلك مصلحة للمسلمين ولا يجوز بمال يؤدى اليهم من غير ضرورة لأن فى ذلك الحاق صغار بالاسلام فلم يجز من غير ضرورة فان دعت الى ذلك ضرورة بأن أحاط الكفار بالمسلمين وخافوا الاصطلام أو أسروا رجلا من المسلمين وخيف تعذيبه جاز بذل المال لاستنقاذه منهم لماروى أبو هريرة رضى الله عنه أن الحرث بن عمرو الغطفانى رئيس غطفان قال للنبى ﷺ ان جعلت لى شطر ثمار المدينة والا ملأتها عليك خيلا ورجلا فقال النبى ﷺ حتى أشاور السعدين يعنى سعد بن معاذ وسعد بن عبادة وأسعد ابن زرارة فقالوا ان كان هذا بأمر من السماء فتسليم لأمر الله عز وجل وان كان برأيك فرأينا تبع لرأيك وان لم يكن بأمر من السماء ولا برأيك فوالله ماكنا نعطيهم فى الجاهلية تمرة الاشراء أو قراء وكيف وقد أعزنا الله بك فلم يعطهم شيئا فلو لم يجز عند الضرورة لما رجع الى الانصار ليدفعوه ان رأوا ذلك ولأن مايخاف من الاصطلام وتعذيب الاسير أعظم فى الضرورة من بذل المال فجاز دفع أعظم الضررين بأخفهما وهل يجب بذل المال فيه وجهان بناء على الوجهين فى وجوب الدفع عن نفسه وقد بيناه فى الصول فاذا بذل لهم على ذلك مال لم يملكوه لانه مال مأخوذ بغير حق فلم يملكوه كالمأخوذ بالقهر

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز عقد الهدنة على رد من جاء من المسلمات لأن النبى صلى الله عليه وسلم عقد الصلح بالحديبية فجاءت أم كلثوم بنت عقبة بن أبى معيط مسلمة فجاء أخواها فطلباها فأنزل الله عز وجل فلا ترجعوهن الى الكفار فقال النبى صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى منع من الصلح فى النساء ولأنه لايؤمن أن تزوج بمشرك فيصيبها ولا يؤمن أن تفتن فى دينها لنقصان عقلها ولا يجوز عقدها على رد من لاعشيرة له من الرجال تمنع عنه لأنه لا يأمن على نفسه فى اظهار دينه فيما بينهم ويجوز عقدها على رد من له عشيرة تمنع عنه لأنه يأمن على نفسه فى اظهار دينه ولا يجوز عقدها مطلقا على رد من جاء من الرجال مسلما لأنه يدخل فيمن يجوز رده ومن لا يجوز

﴿ فصل ﴾ وان عقدت الهدنة على مالا يجوز مما ذكرناه أو عقدت الذمة على مالا يجوز من النقصان عن دينار فى الجزية أو المقام فى الحجاز أو الدخول الى الحرم أو بناء كنيسة فى دار الاسلام أو ترك الغيار أو اظهار الخمر والخنزير فى دار الاسلام وجب نقضه لقوله صلى الله عليه وسلم من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد ولما روى عن عمر رضى الله عنه أنه خطب الناس وقال ردوا الجهالات الى السنة ولأنه عقد على محرم فلم يجز الاقرار عليه كالبيع بشرط باطل أو عوض محرم

﴿ فصل ﴾ وان عقدت الهدنة على مايجوز الى مدة وجب الوفاء بها الى أن تنقضى المدة ماأقاموا على العهد لقوله عز وجل

(قوله مجحفة) أى تذهب بالمال وقد ذكر (قوله وخافوا الاصطلام) هو الاستئصال بالقتل وغيره والطاء بدل من التاء وأصله استئصال قطع الاذن يقال ظليم مصطلم وهو خلقة فيه . والظليم ذكر النعام

أوفوا بالعقود ولقوله تعالى و بشر الذين كفروا بعذاب أليم الا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئا ولم يظاهروا عليكم أحدا فأتموا اليهم عهدهم الى مدتهم ان الله يحب المتقين ولقوله عز وجل فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم وروى سليمان ابن عامر قال كان بين معاوية و بين الروم هدنة فسار معاوية فى أرضهم كأنه يريد أن يغير عليهم فقال له عمرو بن عبسة سمعت رسول الله ﷺ يقول من كان بينه و بين قوم عهد فلا يحل عقدة ولا يشدها حتى يمضى أمدها أو ينبذ اليهم على سواء قال فانصرف معاوية ذلك العام ولان الهدنة عقدت لمصلحة المسلمين فاذا لم يف لهم عند قدرتنا عليهم لم يفوا لنا عند قدرتهم علينا فيؤدى ذلك الى الاضرار بالمسلمين وان مات الامام الذى عقد الهدنة وولى غيره لزمه امضاؤه لما روى أن نصارى نجران أتوا عليا كرم الله وجهه وقالوا ان الكتاب كان بيديك والشفاعة اليك وان عمر أجلانا من أرضنا فردنا اليها فقال على ان عمر كان رشيدا فى أمره وانى لا أغير أمرا فعله عمر رضى الله عنه

﴿ فصل ﴾ و يجب على الامام منع من يقصدهم من المسلمين ومن معهم من أهل الذمة لأن الهدنة عقدت على الكف عنهم ولا يجب عليه منع من قصدهم من أهل الحرب ولا منع بعضهم من بعض لأن الهدنة لم تعقد على حفظهم وانما عقدت على تركهم بخلاف أهل الذمة فان أهل الذمة عقدت على حفظهم فوجب منع كل من يقصدهم و يجب على المسلمين ومن معهم من أهل الذمة ضمان أنفسهم وأموالهم والتعزير بقذفهم لأن الهدنة تقتضى الكف عن أنفسهم وأموالهم وأعراضهم فوجب ضمان ما يجب فى ذلك

﴿ فصل ﴾ اذا جاءت منهم حرة بالغة عاقلة مسلمة مهاجرة الى بلد فيه الامام أو نائب عنه ولها زوج مقيم على الشرك وقد دخل بها وسلم اليها مهرا حلالا فجاء زوجها فى طلبها فهل يجب رد ما سلم اليها من المهر فيه قولان أحدهما يجب لقوله عز وجل فلا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وآتوهم ما أنفقوا ولأن البضع مقوم حيل بينه و بين مالكه فوجب رد بدله كما لو أخذ منهم مالا وتعذر رده والقول الثانى وهو الصحيح وهو اختيار المزنى انه لا يجب لأن البضع ليس بمال والامان لا يدخل فيه الا المال ولهذا لو أمن مشركا لم تدخل امرأته فى الامان ولأنه لو ضمن البضع بالحيلولة لضمن بمهر المثل كما يضمن المال عند تعذر الرد بالمثل بقيمته ولا خلاف أنه لا يضمن البضع بمهر المثل فلم يضمن بالمسمى وأما الآية فانها نزلت فى صلح رسول الله ﷺ بالحديبية قبل تحريم رد النساء وقد منع الله تعالى من ذلك بقوله تعالى فلا ترجعوهن الى الكفار فسقط ضمان المهر فان قلنا لا يجب رد المهر فلا تفريع وان قلنا انه يجب وعليه التفريع وجب ذلك فى خمس الخمس لأنه مال يجب على سبيل المصلحة فوجب فى خمس الخمس وان لم يكن قد دفع اليها المهر لم يجب له المهر لقوله تعالى وآتوهم ما أنفقوا وهذا لم ينفق وان دفع اليها مهرا حراما كالخمر والخنزير لم يجب له شىء لأنه لا قيمة لما دفع اليها فصار كما لو لم يدفع اليها شيئا فان دفع اليها بعض مهرها لم يجب له أكثر منه لأن الوجوب يتعلق بالمدفوع فلم يجب الا ما دفع وان جاءت الى بلد ليس فيها امام ولا نائب عنه لم يجب رد المهر لأنه يجب فى سهم المصالح وذلك الى الامام أو النائب عنه فلم يطالب به غيره

﴿ فصل ﴾ وان جاءت مسلمة عاقلة ثم جنت وجب رد المهر لأن الحيلولة حصلت بالاسلام وان جاءت مجنونة ووصفت الاسلام ولم يعلم هل وصفته فى حال عقلها أو فى حال جنونها لم ترد اليه لجواز أن يكون وصفته فى حال عقلها فاذا ردت اليهم خدعوها وزهدوها فى الاسلام فلم يجز ردها احتياطا للاسلام وان أفاقت ووصفت الكفر وقالت انها لم تزل كافرة ردت الى زوجها وان وصفت الاسلام لم ترد فاذا جاء الزوج فى طلبها دفع اليه مهرها لأنه حيل بينهما بالاسلام وان طلب مهرها

(قوله ولم يظاهروا عليكم أحدا) أى لم يعاونوا . والمظاهرة المعاونة . والظهير العون قال الله تعالى وأنزل الذين ظاهروهم من أهل الكتاب (قوله أو ينبذ اليهم على سواء) قال المفسرون فى تفسير قوله تعالى فانبذ اليهم على سواء أى اطرح اليهم عهدهم حتى تكون أنت وهم فى العلم سواء ، وأصله الوسط وحقيقته العدل ومنه فى سواء الجحيم أى وسطه (قوله وأن عمر أجلانا من أرضنا) أى أخرجنا منها قال الله تعالى ولولا أن كتب الله عليهم الجلاء وهو الخروج عن الاوطان . تقول العرب اما حرب مجلية أو سلم مخزية معناه اما حرب أو دمار وخروج عن الديار واما صلح وقرار على صغار

قبل الافاقة لم يدفع اليه لان المهر يجب بالحيلولة وذلك لايتحقق قبل الافاقة لجواز أن تفيق وتصف الكفر فترد اليه فلم يجب مع الشك

﴿ فصل ﴾ فان جاءت صبية ووصفت الاسلام لم ترد اليهم وان لم يحكم باسلامها لانا نرجو اسلامها فاذا ردت اليهم خدعوها وزهدوها فى الاسلام فان بلغت ووصفت الكفر قرعت فان أقامت على الكفر ردت الى زوجها فان وصفت الاسلام دفع الى زوجها المهر لأنه تحقق المنع بالاسلام فان جاء يطلب مهرها قبل البلوغ ففيه وجهان أحدهما أنه يدفع اليه مهرها لانها امتنعت منه بوصف الاسلام فهى كالبالغة والثانى انه لايدفع لأن الحيلولة لاتتحقق قبل البلوغ لجواز أن تبلغ وتصف الكفر فترد اليه فلم يجب المهر كما قلنا فى المجنونة

﴿ فصل ﴾ وان جاءت مسلمة ثم ارتدت لم ترد اليهم لأنه يجب قتلها وان جاء زوجها يطلب مهرها فان كان بعد القتل لم يجب دفع المهر لأن الحيلولة حصلت بالقتل وان كان قبل القتل ففيه وجهان أحدهما انه يجب لأن المنع وجب بحكم الاسلام والثانى لايجب لأن المنع وجب لاقامة الحد لا بالاسلام

﴿ فصل ﴾ وان جاءت مسلمة ثم جاء زوجها ومات أحدهما فان كان الموت بعد المطالبة بها وجب المهر لأن الحيلولة حصلت بالاسلام وان كان قبل المطالبة لم يجب لأن الحيلولة حصلت بالموت

﴿ فصل ﴾ فان أسلمت ثم طلقها الزوج فان كان الطلاق بائنا فهو كالموت وقد بيناه وان كان رجعيا لم يجب دفع المهر لأنه تركها برضاه وان راجعها ثم طالب بها وجب دفع المهر لأنه حيل بينهما بالاسلام وان جاءت مسلمة ثم أسلم الزوج فان أسلم قبل انقضاء العدة لم يجب المهر لاجتماعهما على النكاح وان أسلم بعد انقضاء العدة فان كان قد طالب بها قبل انقضاء العدة وجب المهر لأنه وجب قبل البينونة وان طالب بعد انقضاء العدة لم يجب لأن الحيلولة حصلت بالبينونة باختلاف الدين

﴿ فصل ﴾ وان هاجرت منهم أمة وجاءت الى بلد فيه الامام نظرت فان فارقتهم وهى مشركة ثم أسلمت صارت حرة لأنا بينا أن الهدنة لاتوجب أمان بعضهم من بعض فلكت نفسها بالقهر فان جاء مولاها فى طلبها لم ترد عليه لأنها أجنبية منه لاحق له فى رقبتها ولأنها مسلمة فلا يجوز ردها الى مشرك وان طلب قيمتها فقد ذكر الشيخ أبو حامد الاسفرايني رحمه الله فيها قولين كالحرة اذا هاجرت وجاء الزوج يطلب مهرها والصحيح أنه لاتجب قيمتها قولا واحدا وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب الطبرى رحمه الله لأن الحيلولة حصلت بالقهر قبل الاسلام وتخالف الحرة فانها منعت بالاسلام والأمة منعت بالملك وقد زال الملك فيها قبل الاسلام وان أسلمت وهى عندهم ثم هاجرت لم تصر حرة لأنهم فى أمان منا وأموالهم محظورة علينا فلم يزل الملك فيها بالهجرة فان جاء مولاها فى طلبها لم ترد اليه لأنها مسلمة فلم يجز ردها الى مشرك وان طلب قيمتها وجب دفعها اليه كما لو غصب منهم مال وتلف وان كانت الأمة مزوجة من حر فجاء زوجها فى طلبها لم ترد اليه وان طلب مهرها فعلى القولين فى الحرة وان كانت مزوجة من عبد فعلى القولين أيضا الا أنه لايجب دفع المهر الا ان يحضر الزوج فيطالب بها لأن البضع له فلا يملك المولى المطالبة به و يحضر المولى و يطالب بالمهر لأن المهر له فلا يملك الزوج المطالبة به

﴿ فصل ﴾ وان هاجر منهم رجل مسلم فان كان له عشيرة تمنع عنه جاز له العود اليهم والأفضل أن لايعود وقد بينا ذلك فى أول السير فان عقد الهدنة على رده واختار العود لم يمنع لأن النبى ﷺ أذن لأبى جندل وأبى بصير فى العود وان اختار المقام فى دار الاسلام لم يمنع لأنه لايجوز اجبار المسلم على الانتقال الى دار الشرك وان جاء من يطلبه قلنا للمطالب ان قدرت على رده لم نمنعك منه وان لم تقدر لم نعنك عليه ونقول للمطلوب فى السر ان رجعت اليهم ثم قدرت ان تهرب منهم وترجع الى دار الاسلام كان أفضل لأن النبى ﷺ رد أبا بصير فهرب منهم وأتى النبى ﷺ وقال قد وفيت لهم ونجانى الله منهم

﴿ فصل ﴾ ومن أتلف منهم على مسلم مالا وجب عليه ضمانه وان قتله وجب عليه القصاص وان قذفه وجب عليه الحد لأن

(قوله زهدوها فى الاسلام) أى قللوا رغبتها فيه. زهدت فى الشىء وعن الشىء لم أرغب فيه

الهدنة تقتضى أمان المسلمين فى النفس والمال والعرض فلزمهم ما يجب فى ذلك ومن شرب منهم الخمر أو زنى لم يجب عليه الحد لأنه حق لله تعالى ولم يلتزم بالهدنة حقوق الله تعالى فان سرق مال المسلم ففيه قولان أحدهما أنه لا يجب عليه القطع لأنه حد خالص لله تعالى فلم يجب عليه كحد الشرب والزنا والثانى أنه يجب عليه لأنه حد يجب لصيانة حق الآدمى فوجب عليه كحد القذف

﴿ فصل ﴾ اذا نقض أهل الهدنة عهدهم بقتال أو مظاهرة عدو أو قتل مسلم أو أخذ مال انتقضت الهدنة لقوله عز وجل فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم فدل على أنهم اذا لم يستقيموا لنا لم نستقم لهم لقوله عز وجل الا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئا ولم يظاهروا عليكم أحدا فأتموا اليهم عهدهم الى مدتهم فدل على انهم ان ظاهروا علينا أحدا لم تتم اليهم عهدهم ولأن الهدنة تقتضى الكف عنا فانتقضت بتركه ولا يفتقر نقضها الى حكم الامام بنقضها لأن الحكم انما يحتاج اليه فى أمر محتمل وما ظاهروا به لا يحتمل غير نقض العهد وان نقض بعضهم وسكت الباقون ولم ينكروا ما فعل الناقض انتقضت الهدنة فى حق الجميع والدليل عليه أن ناقة صالح عليه السلام عقرها القدار العيزار بن سالف وأمسك عنها القوم فأخذهم الله تعالى جميعهم به فقال الله عز وجل فدمدم عليهم ربهم بذنبهم فسواها ولا يخاف عقباها ولأن النبى ﷺ وادع بنى قريظة وأعان بعضهم أباسفيان بن حرب على حرب رسول الله ﷺ فى الخندق وقيل ان الذى أعان منهم ثلاثة حيى بن أخطب وأخوه وآخر معهم فنقض النبى ﷺ عهدهم وغزاهم وقتل رجالهم وسبى ذراريهم ولأن النبى ﷺ هادن قريشا بالحديبية وكان بنو بكر حلفاء قريش وخزاعة حلفاء رسول الله ﷺ فحاربت بنو بكر خزاعة وأعان نفر من قريش بنى بكر على خزاعة وأمسك سائر قريش فجعل النبى ﷺ ذلك نقضا لعهدهم وسار اليهم حتى فتح مكة ولأنه لما كان عقد بعضهم الهدنة أمانا لمن عقد ولمن أمسك وجب أن يكون نقض بعضهم نقضا لمن نقض ولمن امسك وان نقض بعضهم العهد وأنكر الباقون أو اعتزلوهم أو راسلوا الى الامام بذلك انتقض عهد من نقض وصار حربا لنا بنقضه ولم ينتقض عهد من لم يرض لأنه لم ينقض العهد ولا رضى بفعل من نقض فان كان من لم ينقض مختلطا بمن نقض أمر من لم ينقض بتسليم من نقض ان قدروا أو بالتميز عنهم فان لم يفعلوا أحد هذين مع القدرة عليه انتقضت هدنتهم لانهم صاروا مظاهرين لاهل الحرب وان لم يقدروا على ذلك كان حكمهم حكم من أسره الكفار من المسلمين وقد بيناه فى أول السير وان أسر الامام قوما منهم وادعوا أنهم ممن لم ينقض العهد وأشكل عليه حالهم قبل قولهم لانه لا يتوصل الى معرفة ذلك الا من جهتهم

﴿ فصل ﴾ وان ظهر منهم من يخاف معه الخيانة جاز للامام أن ينبذ اليهم عهدهم لقوله عز وجل واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء ان الله لا يحب الخائنين ولا تنتقض الهدنة الا أن يحكم الامام بنقضها لقوله عز وجل فانبذ اليهم على سواء ولان نقضها لخوف الخيانة وذلك يفتقر الى نظر واجتهاد فافتقر الى الحاكم وان خاف من أهل الذمة خيانة لم ينبذ اليهم والفرق بينهم و بين عقد أهل الهدنة أن النظر فى عقد الذمة وجب لهم ولهذا اذا طلبوا عقد الذمة وجب العقد لهم فلم ينقض لخوف الخيانة والنظر فى عقد الهدنة لنا ولهذا لو طلبوا الهدنة كان النظر فيها الى الامام وان رأى عقدها عقد وان لم ير عقدها لم يعقد فكان النظر اليه فى نقضها عند الخوف ولأن أهل الذمة فى قبضته فاذا ظهرت منهم خيانة أمكن استدراكها وأهل الهدنة خارجون عن قبضته فاذا ظهرت خيانتهم لم يمكن استدراكها فجاز نقضها بالخوف وان لم يظهر منهم ما يخاف معه الخيانة لم يجز نقضها لان الله تعالى أمر بنبذ العهد عند الخوف فدل على أنه لا يجوز مع عدم الخوف ولان نقض الهدنة من غير سبب يبطل مقصود الهدنة و يمنع الكفار من الدخول فيها والسكون اليها واذا نقض الهدنة عند خوف الخيانة ولم يكن عليهم حق ردهم الى مأمنهم لانهم دخلوا على أمان فوجب ردهم الى المأمن وان كان عليهم حق استوفاه منهم ثم ردهم الى مأمنهم

﴿ فصل ﴾ اذا دخل الحربى دار الاسلام بأمان فى تجارة أو رسالة ثبت له الامان فى نفسه وماله و يكون حكمه فى ضمان النفس

(قوله والمال والعرض) [الأمان فى العرض] هو أن لا يذكر سلفه وآباءه وأن لا يذكر نفسه بسوء و بما ينزل قدره ومحله
(قوله فدمدم عليهم ربهم) قال الجوهرى دمدمت الشىء اذا ألصقته بالأرض وطحطحته. وقال العزيزى أرجف أرضهم وحركها عليهم. وقال الأزهرى أطبق عليهم والثكل معناه أهلكهم . فسواها أى سواها بالأرض قال الشاعر

فدمدموا بعد ما كانوا ذوى نعم ❁ وعيشة اسكنوا من بعدها الحفرا

والمال وما يجب عليه من الضمان والحدود حكم المهادن لانه مثله فى الامان فكان مثله فيما ذكرناه وان عقد الامان ثم عاد الى دار الحرب فى تجارة أو رسالة فهو على الامان فى النفس والمال كالذمى اذا خرج الى دار الحرب فى تجارة أو رسالة وان رجع الى دار الحرب بنية المقام وترك ماله فى دار الاسلام انتقض الامان فى نفسه ولم ينتقض فى ماله فان قتل أو مات انتقل المال الى وارثه وهل يغنم أم لا فيه قولان قال فى سير الواقدى ونقله المزنى أنه يغنم ماله و ينتقل الى بيت المال فيئا وقال فى المكاتب يرد الى ورثته فذهب أكثر أصحابنا الى أنها على قولين أحدهما أنه يرد الى ورثته وهو اختيار المزنى والدليل عليه ان المال لوارثه ومن ورث مالا ورثه بحقوقه وهذا الامان من حقوق المال فوجب أن يورث والقول الثانى أنه يغنم و ينتقل الى بيت المال فيئا ووجهه أنه لما مات انتقل ماله الى وارثه وهو كافر لا أمان له فى نفسه ولا فى ماله فكان غنيمة وقال أبو على بن خيران المسئلة على اختلاف حالين فالذى قال يغنم اذا عقد الامان مطلقا ولم يشرط لوارثه والذى قال لا يغنم اذا عقد الامان لنفسه ولوارثه وليس للشافعى رحمه الله ما يدل على هذه الطريقة وأما اذا مات فى دار الاسلام فقد قال فى سير الواقدى أنه يرد الى ورثته واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال هو أيضا على قولين كالتى قبلها والشافعى نص على أحد القولين ومنهم من قال يرد الى وارثه قولا واحدا والفرق بين المسألتين أنه اذا مات فى دار الاسلام مات على أمانه فكان ماله على الامان واذا مات فى دار الحرب فقد مات بعد زوال أمانه فبطل فى أحد القولين أمان ماله فان استرق زال ملكه عن المال بالاسترقاق وهل يغنم فيه قولان أحدهما يغنم فيئا لبيت المال والقول الثانى انه موقوف لانه لا يمكن نقله الى الوارث لأنه حى ولا الى مسترقه لانه مال له أمان فان عتق دفع المال اليه بملكه القديم وان مات عبدا ففى ماله قولان حكاهما أبو على ابن أبى هريرة أحدهما انه يغنم فيئا ولا يكون موروثا لان العبد لا يورث والثانى انه لوارثه لانه ملكه فى حريته

﴿ فصل ﴾ فان اقترض حربى من حربى مالا ثم دخل الينا بأمان أو أسلم فقد قال أبو العباس عليه رد البدل على المقرض لأنه أخذه على سبيل المعاوضة فلزمه البدل كما لو تزوج حربية ثم أسلم قال و يحتمل أنه لا يلزمه البدل فان الشافعى رحمه الله قال فى النكاح اذا تزوج حربى حربية ودخل بها وماتت ثم أسلم الزوج أو دخل الينا بأمان فجاء وارثها يطلب ميراثه من صداقها أنه لا شىء له لأنه مال فات فى حال الكفر قال والأول أصح و يكون تأويل المسألة أن الحربى تزوجها على غير مهر فان دخل مسلم دار الحرب بامان فسرق منهم مالا أو اقترض منهم مالا وعاد الى دار الاسلام ثم جاء صاحب المال الى دار الاسلام بامان وجب على المسلم رد ما سرق أو اقترض لان الامان يوجب ضمان المال فى الجانبين فوجب رده

﴿ باب خراج السواد ﴾

سواد العراق ما بين عبادان الى الموصل طولا ومن القادسية الى حلوان عرضا قال الساجى هو اثنان وثلاثون ألف ألف جريب وقال أبو عبيد هو ستة وثلاثون ألف ألف جريب وفتحها عمر رضى الله عنه وقسمها بين الغانمين ثم سألهم أن يردوا ففعلوا والدليل عليه ما روى قيس بن أبى حازم البجلى قال كنا ربع الناس فى القادسية فأعطانا عمر رضى الله عنه ربع السواد وأخذناها ثلاث سنين ثم وفد جرير بن عبد الله البجلى الى عمر رضى الله عنه بعد ذلك فقال أما والله لولا أنى قاسم مسئول لكنتم على ما قسم لكم وأرى أن تردوا على المسلمين ففعلوا ولا تدخل فى ذلك البصرة وان كانت داخلا فى حد السواد لانها كانت أرضا سبخة فأحياها عمرو بن أبى العاص الثقفى وعتبة بن غزوان بعد الفتح الا مواضع من شرقى دجلتها تسميها أهل البصرة الفرات ومن غربى دجلتها نهر يعرف بنهر المرة واختلف أصحابنا فيما فعل عمر رضى الله عنه فيما فتح من أرض السواد فقال

﴿ ومن باب خراج السواد ﴾

الخراج الاتاوة وهو ما يؤخذ من الارض أو من الكفار بسبب الامان. قال الأزهرى الخراج يقع على الضريبة و يقع على مال الفىء و يقع على الجزية. وسواد العراق قراها ومزارعها سميت سوادا لكثرة خضرتها والعرب تقول لكل أخضر أسود (قوله جريب) الجريب قطعة من الارض معلومة المساحة . قيل انها قطعة مربعة كل جانب منها ستون ذراعا فيصير ثلاثة آلاف لبنة وستمائة لبنة ، والجمع أجربة وجربان (قوله أرضا سبخة) هى المتغيرة التربة التى لا تنبت شيئا (قوله بنهر المرة) منسوب الى مرة بن عثمان مولى عبد الرحمن بن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أقطعه يزيد بوصاة من عائشة رضى الله عنها ذكره

أبو العباس وأبو اسحق باعها من أهلها ومايؤخذ من الخراج ثمن والدليل عليه أن من لدن عمر الى يومنا هذا تباع وتبتاع من غير انكار وقال أبو سعيد الاصطخري وقفها عمر رضي الله عنه على المسلمين فلا يجوز بيعها ولا شراؤها ولا هبتها ولا رهنها وانما تنقل من يد الى يد ومايؤخذ من الخراج فهو أجرة وعليه نص في سير الواقدي والدليل عليه ماروى بكير بن عامر عن عامر قال اشترى عقبة بن فرقد أرضا من أرض الخراج فأتى عمر فأخبره فقال ممن اشتريتها قال من أهلها قال فهؤلاء أهلها المسلمون أبعتموه شيئا قالوا لا قال فاذهب فاطلب مالك فاذا قلنا انه وقف فهل تدخل المنازل في الوقف فيه وجهان أحدهما أن الجميع وقف والثاني أنه لا يدخل في الوقف غير المزارع لانا لو قلنا ان المنازل دخلت في الوقف أدى الى خرابها وأما الثمار فهل يجوز لمن هي في يده الانتفاع بها فيه وجهان أحدهما أنه لا يجوز وعلى الامام أن يأخذها ويبيعها ويصرف ثمنها في مصالح المسلمين والدليل عليه ماروى الساجي في كتابه عن أبي الوليد الطيالسي أنه قال أدركت الناس بالبصرة ويحمل اليهم التمر من الفرات فيؤتى به ويطرح على حافة الشط ويلقى عليه الحشيش ولا يطير ولا يشترى منه الاعرابي أو من يشتريه فينبذه وما كان الناس يقدمون على شرائه والوجه الثاني أنه يجوز لمن في يده الارض الانتفاع بثمرتها لان الحاجة تدعو اليه فجاز كما تجوز المساقاة والمضاربة على جزء مجهول

﴿ فصل ﴾ ويؤخذ الخراج من كل جريب شعير درهمان ومن كل جريب حنطة أربعة دراهم ومن كل جريب شجر وقصب وهو الرطبة ستة دراهم واختلف أصحابنا في خراج النخل والكرم فمنهم من قال يؤخذ من كل جريب نخل عشرة دراهم ومن كل جريب كرم ثمانية دراهم لماروى مجاهد عن الشعبي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث عثمان بن حنيف فجعل على جريب الشعير درهمين وعلى جريب الحنطة أربعة دراهم وعلى جريب الشجر والقصب ستة دراهم وعلى جريب الكرم ثمانية دراهم وعلى جريب النخل عشرة دراهم وعلى جريب الزيتون اثنى عشر ومنهم من قال يجب على جريب الكرم عشرة وعلى جريب الزيتون اثنا عشر ومنهم من قال يجب على جريب الكرم عشرة وعلى جريب النخل ثمانية لماروى أبو قتادة عن لاحق بن حميد يعني أبا مجلز قال بعث عمر بن الخطاب رضي الله عنه عثمان بن حنيف وفرض على جريب الكرم عشرة وعلى جريب النخل ثمانية وعلى جريب البر أربعة وعلى جريب الشعير درهمين وعلى جريب القضب ستة وكتب بذلك الى عمر رضي الله عنه فأجازه ورضي به وروى عباد بن كثير عن قحزم قال جبى عمر رضي الله عنه العراق مائة ألف ألف وسبعة وثلاثين ألف ألف وجباها عمر بن عبد العزيز مائة ألف وأربعة وعشرون ألف ألف وجباها الحجاج ثمانية عشر ألف ألف وما يؤخذ من ذلك يصرف في مصالح المسلمين الأهم فالأهم لانه للمسلمين فصرف في مصالحهم والله أعلم

﴿ كتاب الحدود ﴾

﴿ باب حد الزنا ﴾

الزنا حرام وهو من الكبائر العظام والدليل عليه قوله عز وجل ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا وقوله تعالى والذين

ابن قتيبة في المعارف ومن قال نهر المرأة فهو خطأ (قوله حافة الشط) حافة كل شيء جانبه والشط والشاطئ مايلي النهر والبحر من البر الذي لا يصله الماء (قوله لا يطير) أي لا تطير عليه السهام في المقاسمة بالقرعة لانهم كانوا لا يرونه حلالا والتطير القسمة وفي حديث علي في الحلة السيراء فاطرتها بين نسائي أي قسمتها بينهن وقيل لا يزجر عنه الطير ولا يمنع استهانة به وتركا لماذلك (قوله القضب) سمى قضبا لانه يقضب كل حين أي يقطع (قوله فأجازه) أي قبله وحكم به. والجائز ماقبله الشرع وساغ فيه الاجتهاد اهـ

﴿ ومن كتاب الحدود ﴾

أصل الحد في اللغة المنع وقيل للبواب حداد لانه يمنع من يدخل الدار من غير أهلها قال الأعشى

فقمنا ولما يصح ديكنا * الى جونة عند حدادها

وسمى الحديد حديدا لمنعه من السلاح ووصوله الى لابسه. وحد الشيء يمنع أن يدخل فيه ماليس منه وأن يخرج منه ماهو منه. والحد

لايدعون مع الله الها آخر ولايقتلون النفس التى حرم الله الا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاما وروى عبدالله قال سألت النبى ﷺ أى الذنب أعظم عند الله عزوجل قال أن تجعل لله ندا وهو خلقك قلت ان ذلك لعظيم قال قلت ثم أى قال أن تقتل ولدك مخافة أن يأكل معك قال قلت ثم أى قال أن تزانى حليلة جارك

﴿فصل﴾ اذا وطئ رجل من أهل دار الاسلام امرأة محرمة عليه من غير عقد ولا شبهة عقد وغير ملك ولا شبهة ملك وهو عاقل بالغ مختار عالم بالتحريم وجب عليه الحد فان كان محصنا وجب عليه الرجم لما روى ابن عباس رضى الله عنه قال قال عمر لقد خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائلهم ما نجد الرجم فى كتاب الله فيضلون و يتركون فريضة أنزلها الله ألا ان الرجم اذا أحصن الرجل وقامت البينة أوكان الحمل أو الاعتراف وقد قرأتها الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة وقد رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا ولا يجلد المحصن مع الرجم لما روى أبو هريرة وزيد بن خالد الجهنى رضى الله عنهما قالا كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام اليه رجل فقال ان ابنى كان عسيفا على هذا فزنى بامرأته فقال على ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فغدا عليها فاعترفت فرجمها ولو وجب الجلد مع الرجم لأمر به

﴿فصل﴾ والمحصن الذى يرجم هو أن يكون بالغا عاقلا حرا وطئ فى نكاح صحيح فان كان صبيا أو مجنونا لم يرجم لانهما ليسا من أهل الحد وان كان مملوكا لم يرجم وقال أبو ثور اذا أحصن بالزوجية رجم لانه حد لا يتبعض فاستوى فيه الحر والعبد كالقطع فى السرقة وهذا خطأ لقوله عزوجل فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فأوجب مع الاحصان خمسين جلدة وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها الحد ولان الرجم أعلى من جلد مائة فاذا لم يجب على المملوك جلد مائة فلان لا يجب الرجم أولى ويخالف القطع فى السرقة فانه ليس فى السرقة حد غير القطع فلو أسقطناه سقط الحد وفى ذلك فساد وليس كذلك الزنا فان فيه حدا غير الرجم فاذا أسقطناه لم يسقط الحد وأما من لم يطأ فى النكاح الصحيح فليس بمحصن واذا زنى لم يرجم لما روى مسروق عن عبدالله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا اله الا الله وأنى رسول الله الا باحدى ثلاث الثيب الزانى والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة ولا خلاف أن المراد بالثيب الذى وطئ فى نكاح صحيح واختلف أصحابنا هل يكون من شرطه أن يكون الوطء بعد كماله بالبلوغ والعقل والحرية أم لا فنهم من قال ليس من شرطه أن يكون الوطء بعد الكمال فلو وطئ وهو صغير أو مجنون أو مملوك ثم كمل فزنى رجم لانه وطء أبيح للزوج الاول فثبت به الاحصان كما لو وطئ بعد الكمال ولان النكاح يجوز أن يكون قبل الكمال فكذلك الوطء ومنهم من قال من شرطه أن يكون الوطء بعد الكمال فان وطئ فى حال الصغر أو الجنون أو الرق ثم كمل وزنى لم يرجم وهو ظاهر النص والدليل عليه ما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال خذوا عنى خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم فلو جاز أن يحصن الوطء فى حال النقصان لما علق الرجم بالزنا ولان الاحصان كمال فشرط أن يكون وطؤه فى حال الكمال فعلى هذا اذا وطئ فى نكاح صحيح فان كانا حرين بالغين عاقلين صارا محصنين وان كانا مملوكين أو صغيرين أو مجنونين لم يصيرا محصنين وان كان أحدهما حرا بالغا عاقلا والآخر مملوكا أو صغيرا أو مجنونا ففيه قولان أحدهما أن الكامل منهما محصن والناقص منهما غير

فى الشرع يمنع المحدود من العود الى ما كان ارتكبه وكذا السجان سمى حدادا لهذا المعنى قال الشاعر

لقد ألف الحداد بين عصابة ٭ تسائل فى الاقياد ماذا ذنوبها

(قوله أن تجعل لله ندا) الند المثل والنظير وكذلك النديد والنديدة (قوله وجب عليه الرجم) وأصله الرمى بالرجام وهى الحجارة الضخام. وكل رجم فى القرآن فعناه القتل. وأما الجلد فمأخوذ من جلد الانسان وهو الضرب الذى يصل الى جلده. قال الجوهرى جلده الحد جلدا أى ضرب به وأصاب جلده كقولك رأسه و بطنه. وانما جعلت العقوبة فى الزنا بذلك ولم تجعل بقطع آلة الزنا كما جعلت عقوبة السرقة والمحاربة بقطع آلة السرقة وهى اليد والرجل لانه يؤدى الى قطع النسل ولعل قطع يد السارق يكون عاما فى السارق والسارقة وقطع الذكر يختص بالرجل دون المرأة (قوله كان عسيفا) العسيف الاجير والجمع عسفاء قال

أطعت النفس فى الشهوات حتى ٭ أعادتنى عسيفا عند عبدى

محصن وهو الصحيح لانه لما جاز أن يجب بالوطء الواحد الرجم على أحدهما دون الآخر جاز أن يصير أحدهما بالوطء الواحد محصنا دون الآخر والقول الثانى أنه لا يصير واحد منهما محصنا لانه وطء لا يصير به أحدهما محصنا فلم يصر الآخر به محصنا كوطء الشبهة ولا يشترط فى احصان الرجم أن يكون مسلما لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى ﷺ أتى بيهوديين زنيا فأمر برجمهما

﴿فصل﴾ وان كان غير محصن نظرت فان كان حرا جلد مائة وغرب سنة لقوله عز وجل الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وروى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال خذوا عنى خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم وان كان مملوكا جلد خمسين عبدا كان أو أمة لقوله عز وجل فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فجعل ما على الأمة نصف ما على الحرة لنقصانها بالرق والدليل عليه أنها لو أعتقت كمل حدها والعبد كالأمة فى الرق فوجب عليه نصف ما على الحر وهل يغرب العبد بعد الجلد فيه قولان أحدهما أنه لا يغرب لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها الحد ولم يذكر النفى ولان القصد بالتغريب تعذيبه بالاخراج عن الاهل والمملوك لا أهل له والقول الثانى أنه يغرب وهو الصحيح لقوله عز وجل فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ولانه حد يتبعض فوجب على العبد كالجلد فاذا قلنا انه يغرب ففى قدره قولان أحدهما أنه يغرب سنة لانها مدة مقدرة بالشرع فاستوى فيها الحر والعقد كمدة العنين والثانى أنه يغرب نصف سنة للآية ولانه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف من الحر كالجلد

﴿فصل﴾ وان زنى وهو بكر فلم يحد حتى أحصن وزنى ففيه وجهان أحدهما أنه يرجم ويدخل فيه الجلد والتغريب لانهما حدان يجبان بالزنا فتداخلا كما لو وجب حدان وهو بكر والثانى أنه لا يدخل فيه لانهما حدان مختلفان فلم يدخل أحدهما فى الآخر كحد السرقة والشرب فعلى هذا يجلد ثم يرجم ولا يغرب لان التغريب يحصل بالرجم

﴿فصل﴾ والوطء الذى يجب به الحد أن يغيب الحشفة فى الفرج فان أحكام الوطء تتعلق بذلك ولا تتعلق بما دونه وما يجب بالوطء فى الفرج من الحد يجب بالوطء فى الدبر لانه فرج مقصود فتعلق الحد بالايلاج فيه كالقبل ولانه اذا وجب بالوطء فى القبل وهو مما يستباح فلأن يجب بالوطء فى الدبر وهو مما لا يستباح أولى

﴿فصل﴾ ولا يجب على الصبى والمجنون حد الزنا لقوله ﷺ رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولانه اذا سقط عنه التكليف فى العبادات والمأثم فى المعاصى فلأن يسقط الحد ومبناه على الدرء والاسقاط أولى وفى السكران قولان وقد بيناهما فى الطلاق

﴿فصل﴾ ولا يجب على المرأة اذا أكرهت على التمكين من الزنا لقوله ﷺ رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولانها مسلوبة الاختيار فلم يجب عليها الحد كالنائمة وهل يجب على الرجل اذا أكره على الزنا فيه وجهان أحدهما وهو المذهب أنه لا يجب عليه لما ذكرناه فى المرأة والثانى أنه يجب لان الوطء لا يكون الا بالانتشار الحادث عن الشهوة والاختيار

﴿فصل﴾ ولا يجب على من لا يعلم تحريم الزنا لما روى سعيد بن المسيب قال ذكر الزنا بالشام فقال رجل زنيت البارحة فقالوا ما تقول قال ما علمت أن الله عز وجل حرمه فكتب يعنى عمر ان كان يعلم أن الله حرمه فحدوه وان لم يكن قد علم فأعلموه فان عاد فارجموه وروى أن جارية سوداء رفعت الى عمر رضى الله عنه وقيل انها زنت فخفقها بالدرة خفقات وقال أى لكاع زنيت فقالت من غوش بدرهمين تخبر بصاحبها الذى زنى بها ومهرها الذى أعطاها فقال عمر رضى الله عنه ما ترون وعنده على وعثمان

(قوله المحصنات) الاحصان العفاف عن الزنا . والمحصنات أيضا المزوجات . وأحصن زوجن لانها تستعف بالزوج عن الزنا وأصله الامتناع مأخوذ من الحصن الذى يمتنع به من العدو (قوله فخفقها بالدرة خفقات) أى ضربها ضربا خفيفا يقال خفقه يخفقه ويخفقه. والمخفقة الدرة التى يخفق بها وهى آلة عريضة فيها جلود مخفوقة (قوله أى لكاع) اللكع اللئيم والمرأة لكاع ولا يستعمل الا فى النداء. وقال أبو عبيد اللكع عند العرب العبد . وقال الليث يقال امرأة لكاع وملكعانة ورجل لكع وملكعان ولكيع كل ذلك يوصف به الاحمق (قوله من غوش بدرهمين) هو اسم طائر سمى به الرجل

وعبد الرحمن بن عوف فقال على رضى الله عنه أرى أن ترجها وقال عبد الرحمن أرى مثل ما رأى أخوك فقال لعثمان ما تقول قال أراها تستهل بالذى صنعت لا ترى به بأساوانما حد الله على من علم أمر الله عز وجل فقال صدقت فان زنى رجل بامرأة وادعى أنه لم يعلم بتحريمه فان كان قد نشأ فيما بين المسلمين لم يقبل قوله لأنا نعلم كذبه وان كان قريب العهد بالاسلام أو نشأ فى بادية بعيدة من المسلمين أو كان مجنونا فأفاق و زنى قبل أن يعلم الاحكام قبل قوله لانه يحتمل ما يدعيه فلم يجب الحد وان وطىء المرتهن الجارية المرهونة باذن الراهن وادعى أنه جهل تحريمه ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقبل دعواه الا أن يكون قريب العهد بالاسلام أو نشأ فى موضع بعيد من المسلمين كما لا يقبل دعوى الجهل اذا وطئها من غير اذن الراهن والثانى أنه يقبل قوله لأن معرفة ذلك تحتاج الى فقه

﴿فصل﴾ وان وجد امرأة فى فراشه فظنها أمته أو زوجته فوطئها لم يلزمه الحد لأنه يحتمل ما يدعيه من الشبهة

﴿فصل﴾ وان كان أحد الشريكين فى الوطء صغيرا والآخر بالغا أو أحدهما مستيقظا والآخر نائما أو أحدهما عاقلا والآخر مجنونا أو أحدهما عالما بالتحريم والآخر جاهلا أو أحدهما مختارا والآخر مستكرها أو أحدهما مسلما والآخر مستأمنا وجب الحد على من هو من أهل الحد ولم يجب على الآخر لأن أحدهما انفرد بما يوجب الحد وانفرد الآخر بما يسقط الحد فوجب الحد على أحدهما وسقط عن الآخر وان كان أحدهما محصنا والآخر غير محصن وجب على المحصن الرجم وعلى غير المحصن الجلد والتغريب لأن أحدهما انفرد بسبب الرجم والآخر انفرد بسبب الجلد والتغريب وان أقر أحدهما بالزنا وأنكر الآخر وجب على المقر الحد لما روى سهل بن سعد الساعدى أن رجلا أقر أنه زنى بامرأة فبعث النبى ﷺ اليها فجحدت فحد الرجل وروى أبو هريرة رضى الله عنه و زيد بن خالد الجهنى أن النبى ﷺ قال على ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجها فأوجب الحد على الرجل وعلق الرجم على اعتراف المرأة

﴿فصل﴾ وان استأجر امرأة ليزنى بها فزنى بها أو تزوج ذات رحم محرم فوطئها وهو يعتقد تحريمها وجب عليه الحد لأنه لا تأثير للعقد فى اباحة وطئها فكان وجوده كعدمه وان ملك ذات رحم محرم و وطئها ففيه قولان أحدهما أنه يجب عليه الحد لأن ملكه لا يبيح وطأها بحال فلم يسقط الحد والثانى أنه لا يجب عليه الحد وهو الصحيح لأنه وطء فى ملك فلم يجب به الحد كوطء أمته الحائض ولأنه لا يختلف المذهب أنه يثبت به النسب وتصير الجارية أم ولده فلم يجب به الحد فان وطىء جارية مشتركة بينه و بين غيره لم يجب عليه الحد وقال أبو ثور ان علم بتحريمها وجب عليه الحد لأن ملك البعض لا يبيح الوطء فلم يسقط الحد كملك ذات رحم محرم وهذا خطأ لأنه اجتمع فى الوطء ما يوجب الحد وما يسقط فغلب الاسقاط لأن مبنى الحد على الدرء والاسقاط وان وطىء جارية ابنه لم يجب عليه الحد لأن له فيها شبهة و يلحقه نسب ولدها فلم يلزمه الحد بوطئها

﴿فصل﴾ واللواط محرم لقوله عز وجل ولوطا اذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين فسماه فاحشة وقد قال عز وجل ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ولأن الله عز وجل عذب بها قوم لوط بما لم يعذب به أحدا فدل على تحريمه ومن فعل ذلك وهو ممن يجب عليه حد الزنا وجب عليه الحد وفى حده قولان أحدهما وهو المشهور من مذهبه أنه يجب فيه ما يجب فى الزنا فان كان غير محصن وجب عليه الجلد والتغريب وان كان محصنا وجب عليه الرجم لما روى أبو موسى الأشعرى رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال اذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان واذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان ولأنه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا والقول الثانى أنه يجب قتل الفاعل والمفعول به لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به ولأن تحريمه أغلظ فكان حده أغلظ وكيف يقتل فيه وجهان أحدهما أنه يقتل بالسيف لأنه أطلق القتل فى الخبر فانصرف اطلاقه الى القتل بالسيف والثانى أنه يرجم لأنه قتل يجب بالوطء فكان بالرجم كقتل الزنا

(قوله أراها تستهل) أراها أظنها. وكل ما كان ارى بالضم لما لم يسم فاعله فمعناه أظن. وكل ما كان مفتوحا فهو الذى من الرأى أو رؤية البصر. وتستهل بتخفيف اللام اى تراه سهلا لا بأس به عندها. ومن رواه بالتشديد فهو خطأ وان صح فمقتضاه تضحك

(قوله ومبناه على الدرء والاسقاط) الدرء الدفع ودرأه دفعه وقد ذكر

﴿فصل﴾ ومن حرمت مباشرته فى الفرج بحكم الزنا أو اللواط حرمت مباشرته فيما دون الفرج بشهوة والدليل عليه قوله عز وجل والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين ولأن النبى ﷺ قال لا يخلون أحدكم بامرأة ليست له بمحرم فان ثالثهما الشيطان فاذا حرمت الخلوة بها فلأن تحرم المباشرة أولى لأنها أدعى الى الحرام فان فعل ذلك لم يجب عليه الحد لما روى ابن مسعود رضى الله عنه أن رجلا جاء الى النبى ﷺ فقال انى أخذت امرأة فى البستان وأصبت منها كل شىء غير أنى لم أنكحها فاعمل بى ما شئت فقرأ عليه أقم الصلاة طرفى النهار و زلفا من الليل ان الحسنات يذهبن السيآت ويعزر عليه لأنه معصية ليس فيها حد ولا كفارة فشرع فيها التعزير

﴿فصل﴾ ويحرم اتيان المرأة المرأة لما روى أبو موسى الأشعرى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال اذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان ويجب فيه التعزير دون الحد لأنها مباشرة من غير ايلاج فوجب بها التعزير دون الحد كمباشرة الرجل المرأة فيما دون الفرج

﴿فصل﴾ ويحرم اتيان البهيمة لقوله عز وجل والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين فان أتى البهيمة وهو ممن يجب عليه حد الزنا ففيه ثلاثة أقوال أحدها أنه يجب عليه القتل لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال من وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه وكيف يقتل على الوجهين فى اللواط والقول الثانى أنه كالزنا فان كان غير محصن جلد وغرب وان كان محصنا رجم لأنه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا والقول الثالث انه يجب فيه التعزير لأن الحد يجب للردع عما يشتهى وتميل اليه النفس ولهذا وجب فى شرب الخمر ولم يجب فى شرب البول وفرج البهيمة لا يشتهى فلم يجب فيه الحد وأما البهيمة فقد اختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال يجب قتلها لحديث ابن عباس وأبى هريرة ولأنها ربما أتت بولد مشوه الخلق ولأنها اذا بقيت كثر تعيير الفاعل بها ومنهم من قال لا يجب قتلها لأن البهيمة لا تذبح لغير مأكلة وحديث ابن عباس يرويه عمرو بن أبى عمرو وهو ضعيف وحديث أبى هريرة يرويه على بن مسهر وقال أحمد رحمه الله ان كان روى هذا الحديث غير على والا فليس بشىء ومنهم من قال ان كانت البهيمة مما تؤكل ذبحت وان كانت مما لا تؤكل لم تذبح لأن النبى ﷺ نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكلة فان قلنا انه يجب قتلها وهى مما يؤكل ففى أكلها وجهان أحدهما أنه يحرم لأن ما أمر بقتله لم يؤكل كالسبع والثانى أنه يحل أكلها لأنه حيوان مأكول ذبحه من هو من أهل الذكاة وان كانت البهيمة لغيره وجب عليه ضمانها ان كانت مما لا تؤكل وضمان ما نقص بالذبح اذا قلنا انها تؤكل لأنه هو السبب فى اتلافها وذبحها

﴿فصل﴾ وان وطئ امرأة ميتة وهو من أهل الحد ففيه وجهان أحدهما أنه يجب عليه الحد لأنه ايلاج فى فرج محرم ولا شبهة له فيه فأشبه اذا كانت حية والثانى أنه لا يجب لأنه لا يقصد فلا يجب فيه الحد

﴿فصل﴾ ويحرم الاستمناء لقوله عز وجل والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين ولأنها مباشرة تفضى الى قطع النسل فحرم كاللواط فان فعل عزر ولم يحد لأنها مباشرة محرمة من غير ايلاج فأشبهت مباشرة الأجنبية فيما دون الفرج وبالله التوفيق

﴿باب اقامة الحد﴾

لا يقيم الحدود على الاحرار الا الامام أو من فوض اليه الامام لأنه لم يقم حد على حر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا باذنه ولا فى أيام الخلفاء الا باذنهم ولأنه حق لله تعالى يفتقر الى الاجتهاد ولا يؤمن فى استيفائه الحيف فلم يجز بغير اذن الامام ولا يلزم الامام أن يحضر اقامة الحد ولا أن يبتدئ بالرجم لأن النبى ﷺ أمر برجم جماعة ولم ينقل أنه حضر بنفسه ولا أنه رماهم

(قوله و زلفا من الليل) الزلفة الطائفة من الليل وجمعها زلف و زلفات (قوله مشوه الخلق) اى قبيح الخلق ومنه الحديث شاهت الوجوه قبحت. وشوهه الله فهو مشوه قال الشاعر يصف فرسا

فهى شوهاء كالجوالق فوها * مستجاف يضل فيه الشكيم

بنفسه فان ثبت الحد على عبد باقراره ومولاه حر مكلف عدل فله أن يجلده فى الزنا والقذف والشرب لما روى على كرم الله وجهه أن النبى ﷺ قال أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم وقال عبد الرحمن بن أبى ليلى أدركت بقايا الانصار وهم يضربون الوليدة من ولائدهم فى مجالسهم اذا زنت وهل له أن يغرب به فيه وجهان أحدهما أنه لا يغرب الا الامام لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال اذا زنت أمة أحدكم فتبين زناها فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ثم اذا زنت فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ثم اذا زنت الثالثة فتبين زناها فليبعها ولو بحبل من شعر فأمر بالجلد دون النفى والثانى وهو المذهب ان له أن يغرب لحديث على كرم الله وجهه ولان ابن عمر جلد أمة له زنت ونفاها الى فدك ولان من ملك الجلد ملك النفى كالامام وان ثبت عليه الحد بالبينة ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز أن يقيم عليه الحد وهو المذهب لانا قد جعلناه فى حقه كالامام وكذلك فى اقامة الحد عليه بالبينة والثانى أنه لا يجوز لانه يحتاج الى تزكية الشهود وذلك الى الحاكم فعلى هذا اذا ثبت عند الحاكم بالبينة جاز للسيد أن يقيم الحد من غير اذنه وهل له أن يقطعه فى السرقة فيه وجهان أحدهما أنه لا يملك لأنه لا يملك من جنس القطع ويملك من جنس الجلد وهو التعزير والثانى أنه يملك وهو المنصوص فى البويطى لحديث على كرم الله وجهه ولأن ابن عمر قطع عبدا له سرق وقطعت عائشة رضى الله عنها أمة لها سرقت ولانه حد فملك السيد اقامته على مملوكه كالجلد وله أن يقتله بالردة على قول من ملك اقامة الحد على العبد وعلى قول من منع من القطع يجب أن لا يجوز له القتل والصحيح أن له أن يقتله لأن حفصة رضى الله عنها قتلت أمة لها سحرتها والقتل بالسحر لا يكون الا فى كفر ولانه حد فملك المولى اقامته على المملوك كسائر الحدود وان كان المولى فاسقا ففيه وجهان أحدهما أنه يملك اقامة الحد لأنه ولاية تثبت بالملك فلم يمنع الفسق منها كتزويج الامة والثانى أنه لا يملكه لأنه ولاية فى اقامة الحد فمنع الفسق منها كولاية الحاكم وان كانت امرأة فالمذهب انه يجوز لها اقامة الحد لأن الشافعى استدل بان فاطمة عليها السلام جلدت أمة لها زنت وقال أبو على ابن أبى هريرة لا يجوز لها لأنها ولاية على الغير فلا تملكها المرأة كولاية التزويج فعلى هذا فيمن يقيم وجهان أحدهما أنه يقيمه وليها فى النكاح قياسا على تزويج أمتها والثانى أنه يقيمه عليها الامام لأن الاصل فى اقامة الحد هو الامام فاذا سقطت ولاية المولى ثبت الاصل وان كان للمولى مكاتب ففيه وجهان ذكرناهما فى الكتابة

﴿ فصل ﴾ والمستحب أن يحضر اقامة الحد جماعة لقوله عز وجل وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين والمستحب أن يكونوا أربعة لان الحد يثبت بشهادتهم فان كان الحد هو الجلد وكان صحيحا قويا والزمان معتدل أقام الحد ولا يجوز تأخيره فان الفرض لا يجوز تأخيره من غير عذر ولا يجرد ولا يمد لما روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال ليس فى هذه الأمة مد ولا تجريد ولا غل ولا صفد ويفرق الضرب على الأعضاء ويتوقى الوجه والمواضع المخوفة لما روى هنيدة بن خالد الكندى أنه شهد عليا كرم الله وجهه أقام على رجل حدا وقال للجلاد اضرب وأعط كل عضو منه حقه واتق وجهه ومذاكيره وعن عمر انه أتى بجارية قد فجرت فقال اذهبا بها واضرباها ولا تخرقا لها جلدا ولان القصد الردع دون القتل وان كان الحر شديدا أو البرد شديدا أو كان مريضا مرضا يرجى برؤه أو كان مقطوعا أو أقيم عليه حد آخر ترك الى أن يعتدل الزمان ويبرأ من المرض أو القطع ويسكن ألم الحد لأنه اذا أقيم عليه الحد فى هذه الاحوال أعان على قتله وان كان نضو الخلق لا يطيق الضرب أو مريضا لا يرجى برؤه جمع مائة شمراخ فضرب به دفعة واحدة لما روى سهل بن حنيف انه أخبره بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم من الانصار أنه

(قوله يضربون الوليدة من ولائدهم) الوليدة الأمة وجمعها ولائد. قيل سميت بذلك لأنها تربى فى تربية الأولاد وتعلم الآداب (قوله ولا يثرب عليها) التثريب التعيير والاستقصاء فى اللوم قال الله تعالى لا تثريب عليكم اى لا توبيخ عليكم ولا تعداد لذنوبكم (قوله ليس فى هذه الامة مد ولا تجريد ولا غل ولا صفد) الغل بالفتح شد العنق بحبل أو غيره والغل بالضم الحبل. والصفد باسكان الفاء مصدر صفده بالحديد يصفده يخفف ويشدد. والصفد بالتحريك القيد وهو الغل فى العنق أيضا وجمعه أيضا اصفاد وصفد قال الله تعالى مقرنين فى الأصفاد (قوله نضو الخلق) أى مهزول وأصل النضو البعير المهزول والناقة نضوة، وقد أنضاه السفر هزله (قوله مائة شمراخ) الشمراخ واحد الشماريخ وهو العثكال الذى يكون عليه البسر والرطب

اشتكى رجل منهم حتى أضنى فدخلت عليه جارية لبعضهم فوقع عليها فلما دخل عليه رجال من قومه يعودونه ذكر لهم ذلك وقال استفتوا لى رسول الله ﷺ فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ وقالوا ما رأينا بأحد من الضر مثل الذى هو به لو حملناه اليك يا رسول الله لتفسخت عظامه ما هو الا جلد على عظم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذوا مائة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة ولانه لا يمكن ضربه بالسوط لأنه يتلف به ولا يمكن تركه لأنه يؤدى الى تعطيل الحد قال الشافعى رحمه الله ولانه اذا كانت الصلاة تختلف باختلاف حاله فالحد بذلك أولى وان وجب الحد على امرأة حامل لم يقم عليها الحد حتى تضع وقد بيناه فى القصاص

﴿ فصل ﴾ وان أقيم الحد فى الحال التى لا يجوز فيها اقامته فهلك منه لم يضمن لان الحق قتله وان أقيم فى الحال التى لا يجوز اقامته فان كانت حاملا فتلف منه الجنين وجب الضمان لأنه مضمون فلا يسقط ضمانه بجناية غيره وان تلف المحدود فقد قال اذا أقيم الحد فى شدة حر أو برد فهلك لا ضمان عليه وقال فى الام اذا ختن فى شدة حر أو برد فتلف وجبت على عاقلته الدية فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة من المسئلتين الى الأخرى وجعلهما على قولين أحدهما لا يجب لأنه هلك من حد والثانى أنه يجب لانه مفرط ومنهم من قال لا يجب الضمان فى الحد لانه منصوص عليه ويجب فى الختان لانه ثبت بالاجتهاد وان قلنا انه يضمن ففى القدر الذى يضمن وجهان أحدهما أنه يضمن جميع الدية لانه مفرط والثانى أنه يضمن نصف الدية لانه مات من واجب ومحظور فسقط النصف ووجب النصف

﴿ فصل ﴾ وان وجب التغريب نفى الى مسافة يقصر فيها الصلاة لأن ما دون ذلك فى حكم الموضع الذى كان فيه من المنع من القصر والفطر والمسح على الخف ثلاثة أيام فان رجع قبل انقضاء المدة رد الى الموضع الذى نفى اليه فان انقضت المدة فهو بالخيار بين الاقامة وبين العود الى موضعه وان رأى الامام أن ينفيه الى أبعد من المسافة التى يقصر فيها الصلاة كان له ذلك لان عمر رضى الله عنه غرب الى الشام وغرب عثمان رضى الله عنه الى مصر وان رأى أن يزيد على سنة لم يجز لان السنة منصوص عليها والمسافة مجتهد فيها وحكى عن أبى على ابن أبى هريرة أنه قال يغرب الى حيث ينطلق عليه اسم الغربة وان كان دون ما تقصر اليه الصلاة لان القصد تعذيبه بالغربة وذلك يحصل بدون ما تقصر اليه الصلاة ولا تغرب المرأة الا فى صحبة ذى رحم محرم أو امرأة ثقة فى صحبة مأمونة وان لم تجد ذا رحم محرم ولا امرأة ثقة يتطوع بالخروج معها استؤجر من يخرج معها ومن أين يستأجر فيه وجهان من أصحابنا من قال يستأجر من مالها لأنه حق عليها فكانت مؤنته عليها وان لم يكن لها مال استؤجر من بيت المال ومن أصحابنا من قال يستأجر من بيت المال لانه حق لله عز وجل فكانت مؤنته من بيت المال فان لم يكن فى بيت المال ما يستأجر به استؤجر من مالها

﴿ فصل ﴾ وان كان الحد رجما وكان صحيحا والزمان معتدل رجم لأن الحد لا يجوز تأخيره من غير عذر وان كان مريضا مرضا يرجى زواله أو الزمان مسرف الحر أو البرد ففيه وجهان أحدهما أنه لا يؤخر رجمه لان القصد قتله فلا يمنع الحر والبرد والمرض منه والثانى أنه يؤخر لأنه ربما رجع فى خلال الرجم وقد أثر فى جسمه الرجم فيعين الحر والبرد والمرض على قتله وان كان امرأة حاملا لم ترجم حتى تضع لانه يتلف به الجنين

﴿ فصل ﴾ فان كان المرجوم رجلا لم يحفر له لأن النبى ﷺ لم يحفر لماعز ولانه ليس بعورة وان كان امرأة حفر لها لما روى بريدة قال جاءت امرأة من غامد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعترفت بالزنا فأمر فحفر لها حفرة الى صدرها ثم أمر برجمها لان ذلك أستر لها

﴿ فصل ﴾ وان هرب المرجوم من الرجم فان كان الحد ثبت بالبينة اتبع ورجم لانه لا سبيل الى تركه وان ثبت بالاقرار لم يتبع لما روى أبو سعيد الخدرى قال جاء ماعز الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان الأخر زنى وذكر الى أن قال اذهبوا

(قوله اشتكى رجل منهم حتى أضنى) أى مرض. والضنى المرض. يقال أضناه المرض أى أثقله (قوله مسرف الحر) أى مفرط فى شدة الحر. وأصل السرف ضد القصد (قوله ان الأخر زنى) بقصر الالف وكسر الخاء معناه الأبعد. ويقال فى الشتم أبعد الله الأخر. وقال فى التلويح أى الغائب البعيد المتأخر. ويقال هذا عند شتم الانسان من يخاطبه كأنه نزهه بذلك

بهذا فارجوه فأتينا به مكانا قليل الحجارة فلما رميناه اشتد من بين أيدينا يسعى فتبعناه فأتى بناحرة كثيرة الحجارة فقام ونصب نفسه فرميناه حتى قتلناه ثم اجتمعنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرناه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم سبحان الله فهلا خليتم عنه حين سعى من بين أيديكم وان وقف وأقام على الاقرار رجم وان رجع عن الاقرار لم يرجم لان رجوعه مقبول وبالله التوفيق

﴿ باب حد القذف ﴾

القذف محرم والدليل عليه ماروى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال اجتنبوا السبع الموبقات قالوا يارسول الله وماهن قال الشرك بالله عزوجل والسحر وقتل النفس التى حرم الله الا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولى يوم الزحف وقذف المحصنات

﴿ فصل ﴾ اذا قذف بالغ عاقل مختار مسلم أوكافر التزم حقوق المسلمين من مرتد أوذمى أومعاهد محصنا ليس بولده بوطء يوجب الحد وجب عليه الحد فان كان حرا جلد ثمانين جلدة لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وان كان مملوكا جلد أربعين لماروى يحيى بن سعيد الأنصارى قال ضرب أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم مملوكا افترى على حر ثمانين جلدة فبلغ ذلك عبدالله بن عامر بن ربيعة فقال أدركت الناس من زمن عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى اليوم فما رأيت أحدا ضرب المملوك المفترى على الحر ثمانين قبل أبى بكر بن محمد ابن عمرو بن حزم وروى خلاس أن عليا كرم الله وجهه قال فى عبد قذف حرا نصف الحد ولأنه حد يتبعض فكان المملوك على النصف من الحر كحد الزنا

﴿ فصل ﴾ وان قذف غير محصن لم يجب عليه الحد لقوله عز وجل والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة فدل على أنه اذا قذف غير محصن لم يجلد والمحصن الذى يجب الحد بقذفه من الرجال والنساء من اجتمع فيه البلوغ والعقل والاسلام والحرية والعفة عن الزنا فان قذف صغيرا أو مجنونا لم يجب عليه الحد لأن ما يرمى به الصغير والمجنون لو تحقق لم يجب به الحد فلم يجب الحد على القاذف كما لو قذف بالغا عاقلا بما دون الوطء وان قذف كافرا لم يجب عليه الحد لماروى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال من أشرك بالله فليس بمحصن وان قذف مملوكا لم يجب عليه الحد لأن نقص الرق يمنع كمال الحد فيمنع وجوب الحد على قاذفه وان قذف زانيا لم يجب عليه الحد لقوله عز وجل والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة فأسقط الحد عنه اذا ثبت أنه زنى فدل أنه اذا قذفه وهو زان لم يجب عليه الحد وان قذف من وطىء فى غير ملك وطئا محرما لا يجب به الحد كمن وطىء امرأة ظنها زوجته أو وطىء فى نكاح مختلف فى صحته ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجب عليه الحد لأنه وطء محرم لم يصادف ملكا فسقط به الاحصان كالزنا والثانى أنه يجب لأنه وطء لا يجب به الحد فلم يسقط به الاحصان كما لو وطىء زوجته وهى حائض

﴿ فصل ﴾ وان قذف الوالد ولده أو قذف الجد ولد ولده لم يجب عليه الحد وقال أبو ثور يجب عليه الحد لعموم الآية والمذهب الأول لأنه عقوبة تجب لحق الآدمى فلم تجب للولد على الوالد كالقصاص وان قذف زوجته فماتت وله منها ولد سقط الحد لأنه لما لم

(قوله فأتى بنا حرة) الحرة أرض ذات أحجار كثيرة سود نخرة كأنها أحرقت بالنار والجمع الحرار والحرات وأحرون بالواو والنون كما قالوا أرضون وأحرون جمع أحرة قال الراجز * لا خمس الأجندل الاحرين *

﴿ ومن باب حد القذف ﴾

أصل القذف الرمى بالحجارة وغيرها. والقذف بالزنا مأخوذ منه. والسبع الموبقات هى المهلكات. وأوبقه الله أهلكه يقال منه وبق يبق وأوبق وبق يوبق اذا هلك قال الله تعالى أو يوبقهن بما كسبوا (قوله التولى يوم الزحف) التولى الادبار فرارا من القتال. والزحف هو المشى الى القتال (قوله افترى على حر) أى كذب قال الله تعالى لا تفتروا على الله كذبا وقد ذكر

يثبت له عليه الحد بقذفه لم يثبت له عليه بالارث عن أمه وان كان لها ابن آخر من غيره وجب له لأن حد القذف يثبت لكل واحد من الورثة على الانفراد

﴿ فصل ﴾ وان رفع القاذف الى الحاكم وجب عليه السؤال عن احصان المقذوف لأنه شرط فى الحكم فيجب السؤال عنه كعدالة الشهود ومن أصحابنا من قال لا يجب لأن البلوغ والعقل معلوم بالنظر اليه والظاهر الحرية والاسلام والعفة وان قال القاذف أمهلنى لأقيم البينة على الزنا أمهل ثلاثة أيام لانه قريب لقوله عز وجل ولا تمسوها بسوء فيأخذكم عذاب قريب ثم قال تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام

﴿ فصل ﴾ وان قذف محصنا ثم زنى المقذوف أو وطىء وطأ زال به الاحصان سقط الحد عن القاذف وقال المزنى وأبو ثور لا يسقط لأنه معنى طرأ بعد وجوب الحد فلا يسقط ما وجب من الحد كردة المقذوف وثيوبة الزانى وحريته وهذا خطأ لأن ما ظهر من الزنا يوقع شبهة فى حال القذف ولهذا روى أن رجلا زنى بامرأة فى زمان أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه فقال والله ما زنيت الا هذه المرة فقال له عمر كذبت ان الله لا يفضح عبده فى أول مرة والحد يسقط بالشبهة وأما ردة المقذوف ففيها وجهان أحدهما أنها تسقط الحد والثانى أنها لا تسقط لأن الردة تدين والعادة فيها الاظهار وليس كذلك الزنا فانه يكتم فاذا ظهر دل على تقدم أمثاله وأما ثيوبة الزانى وحريته فانها لا تورث شبهة فى بكارته ورقه فى حال الزنا

﴿ فصل ﴾ ولا يجب الحد الا بصريح القذف أو بالكناية مع النية فالصريح مثل أن يقول زنيت أو يا زانى والكناية كقوله يا فاجر أو يا خبيث أو يا حلال بن الحلال فان نوى به القذف وجب به الحد لأن ما لا تعتبر فيه الشهادة كانت الكناية فيه مع النية بمنزلة الصريح كالطلاق والعتاق وان لم ينو به القذف لم يجب به الحد سواء كان ذلك فى حال الخصومة أو غيرها لأنه يحتمل القذف وغيره فلم يجعل قذفا من غير نية كالكناية فى الطلاق والعتاق

﴿ فصل ﴾ وان قال لطت أو لاط بك فلان باختيارك فهو قذف لأنه قذفه بوطء يوجب الحد فأشبه القذف بالزنا وان قال يا لوطى وأراد به أنه على دين قوم لوط لم يجب به الحد لانه يحتمل ذلك وان أراد أنه يعمل عمل قوم لوط وجب الحد وان قال لامرأته يا زانية فقالت بك زنيت لم يكن قولها قذفا له من غير نية لانه يجوز أن تكون زانية ولا يكون هو زانيا بأن وطئها وهو يظن أنها زوجته وهى تعلم أنه أجنبى ولانه يجوز أن تكون قصدت نفى الزنا كما يقول الرجل لغيره سرقت فيقول معك سرقت ويريد أنى لم أسرق كما لم تسرق ويجوز أن يكون معناه ما وطئنى غيرك فان كان ذلك زنا فقد زنيت وان قال لها يا زانية فقالت أنت أزنى منى لم يكن قولها قذفا له من غير نية لانه يجوز أن يكون معناه ما وطئنى غيرك فان كان ذلك زنا فأنت أزنى منى لان المغلب فى الجماع فعل الرجل وان قال لغيره أنت أزنى من فلان أو أنت أزنى الناس لم يكن قذفا من غير نية لان لفظة أفعل لا تستعمل الا فى أمر يشتركان فيه ثم ينفرد أحدهما فيه بمزية وما ثبت أن فلانا زان ولا أن الناس زناة فيكون هو أزنى منهم وان قال فلان زان وأنت أزنى منه أو أنت أزنى زناة الناس فهو قذف لانه أثبت زنا غيره ثم جعله أزنى منه

﴿ فصل ﴾ وان قال لامرأته يا زانى فهو قذف لانه صرح باضافة الزنا اليها وأسقط الهاء للترخيم كقولهم فى مالك يا مال وفى حارث يا حار وان قال للرجل يا زانية فهو قذف لانه صرح باضافة الزنا اليه وزاد الهاء للمبالغة كقولهم علامة ونسابة وشتامة ونوامة فان قال زنأت فى الجبل فليس بقذف من غير نية لان الزنء هو الصعود فى الجبل والدليل عليه قول الشاعر

* وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل * وان قال زنأت ولم يذكر الجبل ففيه وجهان أحدهما انه قذف لانه لم يقرن به ما يدل على الصعود والثانى وهو قول أبى الطيب ابن سلمة رحمه الله أنه ان كان من أهل اللغة فليس بقذف وان كان من العامة فهو قذف لان العامة لا يفرقون بين زنيت وزنأت

﴿ فصل ﴾ وان قال زنى فرجك أو دبرك أو ذكرك فهو قذف لان الزنا يقع بذلك وان قال زنت عينك أو يدك أو رجلك فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال هو قذف وهو ظاهر ما نقله المزنى رحمه الله لانه أضاف الزنا الى عضو منه فأشبه اذا أضاف الى الفرج ومنهم من قال ليس بقذف من غير نية وخطأ المزنى فى النقل لان الزنا لا يوجد من هذه الاعضاء حقيقة ولهذا قال النبى

(قوله تمتعوا فى داركم) أى تبلغوا بالعيش القليل حتى يأتيكم العذاب

ﷺ العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان و يصدق ذلك كله الفرج أو يكذبه فان قال زنى بدنك ففيه وجهان أحدهما أنه ليس بقذف من غير نية لان الزنا بجميع البدن يكون بالمباشرة فلم يكن صريحا فى القذف والثانى أنه قذف لانه أضاف الى جميع البدن والفرج داخل فيه وان قال لا ترد يد لامس لم يكن قاذفا لما روى أن رجلا من بنى فزارة قال للنبى ﷺ ان امرأتى لا ترد يد لامس ولم يجعله النبى ﷺ قاذفا وان قال زنى بك فلان وهو صبى لا يجامع مثله لم يكن قاذفا لانه لا يوجد منه الوطء الذى يجب به الحد عليها وان كان صبيا يجامع مثله فهو قذف لأنه يوجد منه الوطء الذى يجب به الحد عليها وان قال لامرأته زنيت بفلانة أو زنت بك فلانة لم يجب به الحد لان ما رماها به لا يوجب الحد

﴿ فصل ﴾ وان أتت امرأته بولد فقال ليس منى لم يكن قاذفا من غير نية لجواز أن يكون معناه ليس منى خلقا أو خلقا أو من زوج غيرى أو من وطء شبهة أو مستعار وان نفى نسب ولده باللعان فقال رجل لهذا الولد لست بابن فلان لم يكن قذفا لانه صادق فى الظاهر انه ليس منه لانه منفى عنه قال الشافعى رحمه الله اذا أقر بنسب ولد فقال له رجل لست بابن فلان فهو قذف وقال فى الزوج اذا قال للولد الذى أقر به لست بابنى انه ليس بقذف واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال ان أراد القذف فهو قذف فى المسئلتين وان لم يرد القذف فليس بقذف فى المسئلتين وحمل جوابه فى المسئلتين على هذين الحالين ومن أصحابنا من نقل جوابه فى كل واحدة منهما الى الأخرى وجعلهما على قولين أحدهما أنه ليس بقذف فيهما لجواز أن يكون معناه لست بابن فلان أو لست بابنى خلقا أو خلقا والثانى أنه قذف لان الظاهر منه النفى والقذف ومن أصحابنا من قال ليس بقذف من الزوج وهو قذف من الأجنبى لأن الاب يحتاج الى تأديب ولده فيقول لست بابنى مبالغة فى تأديبه والاجنبى غير محتاج الى تأديبه فجعل قذفا منه

﴿ فصل ﴾ وان قال لعربى يا نبطى فان أراد نبطى اللسان أو نبطى الدار لم يكن قذفا وان أراد نفى نسبه من العرب ففيه وجهان أحدهما انه ليس بقذف لان الله تعالى علق الحد على الزنا فقال والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وشهادة الأربعة يحتاج اليها فى اثبات الزنا والثانى أنه يجب به الحد لما روى الاشعث بن قيس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا أوتى برجل يقول ان كنانة ليست من قريش الا جلدته وعن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال لا حد الا فى اثنين قذف محصنة ونفى رجل من أبيه

﴿فصل﴾ ومن لا يجب عليه الحد لعدم احصان المقذوف أو للتعريض بالقذف من غير نية عزر لانه آذى من لا يجوز أذاه وان قال لامرأته استكرهت على الزنا ففيه وجهان أحدهما أنه يعزر لانه يلحقها بذلك عار عند الناس والثانى أنه لا يعزر لانه لا عار عليها فى الشريعة بما فعل بها مستكرهة

﴿فصل﴾ وما يجب بالقذف من الحد أو التعزير بالأذى فهو حق للمقذوف يستوفى اذا طالب به ويسقط اذا عفا عنه والدليل عليه ما روى أن النبى ﷺ قال أيعجز أحدكم أن يكون كأبى ضمضم كان يقول تصدقت بعرضى والتصدق بالعرض لا يكون الا بالعفو عما يجب له ولأنه لا خلاف أنه لا يستوفى الا بمطالبته فكان له العفو كالقصاص وان قال لغيره اقذفنى فقذفه ففيه وجهان أحدهما أنه لا حد عليه لانه حق له فسقط باذنه كالقصاص والثانى انه يجب عليه الحد لان العار يلحق بالعشيرة فلا يملك الاباذن فيه واذا

(قوله يا نبطى) النبط والنبيط قوم ينزلون بالبطائح بين العراقين والجمع أنباط يقال رجل نبطى ونباطى ونباط مثل يمنى ويمانى ويمان . قال الزمخشرى سموا نبطا لانهم يستنبطون الماء أى يستخرجونه من الأرض . ومعنى نبطى اللسان الذى اشتبه كلامه بكلام العرب والعجم . ومعنى نبطى الدار من داره بين دور العجم وهو عربى (قوله تصدقت بعرضى) قال أبو بكر بن الانبارى قال أبو العباس العرض موضع الذم والمدح من الانسان ومعناه أموره التى يرتفع بها أو يسقط بذكرها ومن جهتها يحمد أو يذم ويجوز أن يكون ذكر اسلافه لانه يلحقه النقيصة بعيبهم . وقال ابن قتيبة عرض الرجل نفسه واحتج بقوله ﷺ أهل الجنة لا يبولون ولا يتغوطون انما هو عرق يخرج من أعراضهم مثل المسك أى أبدانهم واحتج بهذا الحديث المذكور تصدقت بعرضى أى بنفسى وأحللت من يغتابنى قال ولو كان العرض الاسلاف لما جاز له أن يحل من يغتابهم وله كلام يطول (قوله العار يلحق بالعشيرة) هم القبيلة

أسقط الاذن وجب الحد ومن وجب له الحد أو التعزير لم يجز أن يستوفى الا بحضرة السلطان لانه يحتاج الى الاجتهاد و يدخله التخفيف فلو فوض الى المقذوف لم يؤمن أن يحيف للتشفى

﴿فصل﴾ وان مات من له الحد أو التعزير وهو ممن يورث انتقل ذلك الى الوارث وفيمن يرثه ثلاثة أوجه أحدها أنه يرثه جميع الورثة لانه موروث فكان لجميع الورثة كالمال والثانى أنه لجميع الورثة الا لمن يرث بالزوجية لان الحد يجب لدفع العار ولا يلحق الزوج عار بعد الموت لانه لا تبقى زوجية والثالث أنه يرثه العصبات دون غيرهم لانه حق ثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح وان كان له وارثان فعفا أحدهما ثبت للآخر جميع الحد لأنه جعل للردع ولا يحصل الردع الا بما جعله الله عز وجل للردع وان لم يكن له وارث فهو للمسلمين و يستوفيه السلطان

﴿فصل﴾ وان جن من له الحد أو التعزير لم يكن لوليه أن يطالب باستيفائه لانه حق يجب للتشفى ودرك الغيظ فأخر الى الافاقة كالقصاص وان قذف مملوكا كانت المطالبة بالتعزير للمملوك دون السيد لانه ليس بمال ولا له بدل هو مال فلم يكن للسيد فيه حق كفسخ النكاح اذا اعتقت الأمة تحت عبد وان مات المملوك ففى التعزير ثلاثة أوجه أحدها أنه يسقط لانه لا يستحق عنه بالارث فلا يستحق المولى لانه لو ملك بحق الملك لملك فى حياته والثانى أنه للمولى لانه حق ثبت للمملوك فكان المولى أحق به بعد الموت كمال المكاتب والثالث أنه ينتقل الى عصباته لانه حق ثبت لنفى العار فكان عصباته أحق به

﴿فصل﴾ وان قذف جماعة نظرت فان كانوا جماعة لا يجوز أن يكونوا كلهم زناة كأهل بغداد لم يجب الحد لأن الحد يجب لنفى العار ولا عار على المقذوف لأنا نقطع بكذبه و يعزر للكذب وان كانت جماعة يجوز أن يكونوا كلهم زناة نظرت فان كان قد قذف كل واحد منهم على الانفراد وجب لكل واحد منهم حد وان قذفهم بكلمة واحدة ففيه قولان قال فى القديم يجب حد واحد لأن كلمة القذف واحدة فوجب حد واحد كما لو قذف امرأة واحدة وقال فى الجديد يجب لكل واحد منهم حد وهو الصحيح لانه ألحق العار بقذف كل واحد منهم فلزمه لكل واحد منهم حد كما لو أفرد كل واحد منهم بالقذف فان قذف زوجته برجل ولم يلاعن ففيه طريقان من أصحابنا من قال هى على قولين كما لو قذف رجلين أو امرأتين ومنهم من قال يجب حد واحد قولا واحدا لأن القذف ههنا بزنا واحد والقذف هناك بزناءين فان وجب عليه حد لاثنين فان وجب لأحدهما قبل الآخر وتشاحا قدم السابق منهما لان حقه أسبق وان وجب عليه لهما فى حالة واحدة بأن قذفهما معا وتشاحا أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فقدم بالقرعة وان قال لزوجته يازانية بنت الزانية وهما محصنتان لزمه حدان ومن حضر منهما وطالبت بحدها حد لها وان حضرتا وطالبتا بحدهما ففيه وجهان أحدهما أنه يبدأ بحد البنت لانه بدأ بقذفها والثانى وهو المذهب أنه يبدأ بحد الأم لان حدها مجمع عليه وحد البنت مختلف فيه لأن عند أبى حنيفة لا يجب على الزوج بقذف زوجته حد ولان حد الأم آكد لانه لا يسقط الا بالبينة وحد البنت يسقط بالبينة و باللعان فقدم آكدهما

﴿فصل﴾ وان وجب حدان على حر لاثنين حد لأحدهما لم يحد للآخر حتى يبرأ ظهره من الاول لان الموالاة بينهما تؤدى الى التلف وان كان الحدان على عبد ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجوز الموالاة بينهما كما لو كانا على حر والثانى أنه يجوز لأن الحدين على العبد كالحد الواحد

﴿فصل﴾ وان قذف أجنبيا بالزنا فحد ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا عزر للأذى ولم يحد لان أبا بكرة شهد على المغيرة بالزنا فجلده عمر رضى الله عنه ثم أعاد القذف وأراد أن يجلده فقال له على كرم الله وجهه ان كنت تريد أن تجلده فارجم صاحبك فترك عمر رضى الله عنه جلده ولانه قد حصل التكذيب بالحد وان قذفه بزنا ثم قذفه بزنا آخر قبل أن يقام عليه الحد ففيه قولان أحدهما أنه يجب عليه حدان لأنه من حقوق الآدميين فلم تتداخل كالديون والثانى يلزمه حد واحد وهو الصحيح لانهما حدان من جنس واحد لمستحق واحد فتداخلا كما لو زنى ثم زنى وان قذف زوجته ولاعنها ثم قذفها بزنا أضافه الى ما قبل اللعان ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجب عليه الحد لان اللعان فى حق الزوج كالبينة ولو أقام عليها البينة ثم قذفها لم يلزمه الحد فكذلك اذا لاعنها والثانى أنه

(قوله لم يؤمن أن يحيف) الحيف الجور والظلم وقد ذكر مرارا. وأصل التشفى من شفاه الله من المرض اذا زال عنه فكأنه يزول ما يجد من الغيظ والحزن (قوله جعل للردع) الردع الكف. ردعته فارتدع أى كففته فانكف

يجب عليه الحد لان اللعان انما يسقط احصانها فى الحالة التى يوجد فيها ومابعدها ومايسقط فيما تقدم فوجب الحد بما رماها به وان قذف زوجته وتلاعنا ثم قذفها أجنبي وجب عليه الحد لان اللعان يسقط الاحصان فى حق الزوج لانه بينة يختص بها فأما فى حق الأجنبي فهى باقية على احصانها فوجب عليه الحد بقذفها وان قذفها الزوج ولاعنها ولم تلاعن فحدت ثم قذفها الأجنبي بذلك الزنا ففيه وجهان أحدهما أنه لاحد عليه لانه قذفها بزنا حدت فيه فلم يجب كما لو أقيم عليها الحد بالبينة والثانى أنه يجب لان اللعان يختص به الزوج فزال به الاحصان فى حقه وبقى فى حق الأجنبي

﴿فصل﴾ اذا سمع السلطان رجلا يقول زنى رجل لم يقم عليه الحد لان المستحق مجهول ولا يطالبه بتعيينه لقوله عز وجل لاتسألوا عن أشياء ان تبد لكم تسؤكم ولان الحد يدرأ بالشبهة ولهذا قال صلى الله عليه وسلم ألا استرته بثوبك ياهزال وان قال سمعت رجلا يقول ان فلانا زنى لم يحد لانه ليس بقاذف وانما هو حاك ولا يسأله عن القاذف لان الحد يدرأ بالشبهة وان قال زنى فلان فهل يلزم السلطان أن يسأل المقذوف فيه وجهان أحدهما أنه يلزمه لانه قد ثبت له حق لا يعلم به فلزم الامام اعلامه كما لو ثبت له عنده مال لا يعلم به فعلى هذا ان سأل المقذوف فأكذبه وطالب بالحد حد وان صدقه حد المقذوف لان النبي صلى الله عليه وسلم قال يا أنيس اغد على امرأة هذا فان اعترفت فارجها والوجه الثانى أنه لا يلزم الامام اعلامه لقوله ﷺ ادرءوا الحد بالشبهات

﴿فصل﴾ اذا قذف محصنا وقال قذفته وأنا ذاهب العقل فان لم يعلم له حال جنون فالقول قول المقذوف مع يمينه أنه لا يعلم أنه مجنون لان الاصل عدم الجنون وان علم له حال جنون ففيه قولان بناء على القولين فى الملفوف اذا قده ثم اختلفا فى حياته أحدهما أن القول قول المقذوف لان الاصل الصحة والثانى أن القول قول القاذف لانه يحتمل مايدعيه والاصل حمى الظهر ولان الحد يسقط بالشبهة والدليل عليه قوله ﷺ ادرءوا الحدود بالشبهات وادرءوا الحدود مااستطعتم ولأن يخطئ الامام فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة

﴿فصل﴾ وان عرض بالقذف وادعى المقذوف أنه أراد قذفه وأنكر القاذف فالقول قوله لان مايدعيه محتمل والاصل براءة ذمته

﴿فصل﴾ وان قال لمحصنة زنيت فى الوقت الذى كنت فيه نصرانية أو أمة فان عرف أنها كانت نصرانية أو أمة لم يجب الحد لانه أضاف القذف الى حال هى فيها غير محصنة وان قال لها زنيت ثم قال أردت فى الوقت الذى كنت فيه نصرانية أو أمة وقالت المقذوفة بل أردت قذفى فى هذا الحال وجب الحد لان الظاهر أنه أراد قذفها فى الحال فان قذف امرأة وادعى أنها مشركة أو أمة وادعت أنها أسلمت أو أعتقت فالقول قول القاذف لان الاصل بقاء الشرك والرق وان قذف امرأة وأقر أنها كانت مسلمة وادعى أنها ارتدت وأنكرت المرأة ذلك فالقول قولها لان الأصل بقاؤها على الاسلام وان قذف مجهولة وادعى أنها أمة أو نصرانية وأنكرت المرأة ففيه طريقان ذكرناهما فى الجنايات

﴿فصل﴾ وان ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها وأنكر فشهد شاهدان أنه قذفها جاز أن يلاعن لان انكاره للقذف لا يكذب مايلاعن عليه من الزنا لانه يقول انما أنكرت القذف وهو الرمى بالكذب وما كذبت عليها لانى صادق أنها زنت فجاز أن يلاعن كما لو ادعى على رجل أنه أودعه مالا فقال المدعى عليه مالك عندى شىء فشهد شاهدان أنه أودعه فان له أن يحلف لان انكاره لا يمنع الابداع لأنه قد يودعه ثم يتلف فلا يلزمه شىء

﴿ باب حد السرقة ﴾

(قوله حمى الظهر) أى منعه ومنه قولهم حمى المكان أى منعه . وحمى المريض من الطعام منعه اياه

﴿ ومن باب حد السرقة ﴾

السارق الذى يأخذ الشىء على وجه الاستخفاء بحيث لا يعلم به المسروق منه مأخوذ من مسارقة النظر ومنه قوله تعالى الا من استرق السمع . والمنتهب الذى يأخذ بالقهر والغلبة مع العلم به . وأصل النهب الغنيمة . والانتهاب الافتعال من ذلك والمختلس الذى يأخذ الشىء عيانا ثم يهرب مثل أن يمد يده الى منديل انسان فيأخذه هكذا ذكره فى البيان

ومن سرق وهو بالغ عاقل مختار التزم حكم الاسلام نصابا من المال الذي يقصد الى سرقته من حرز مثله لاشبهة له فيه وجب عليه القطع والدليل عليه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ولأن السارق يأخذ المال على وجه لا يمكن الاحتراز منه ولو لم يجب القطع عليه لأدى ذلك الى هلاك الناس بسرقة أموالهم ولا يجب القطع على المنتهب ولا على المختلس لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال ليس على المنتهب قطع ولا على المختلس قطع ومن انتهب نهبة مشهورة فليس منا ولأن المنتهب والمختلس يأخذان المال على وجه يمكن انتزاعه منه بالاستغاثة بالناس و بالسلطان فلم يحتج في ردعه الى القطع ولا يجب على من جحد أمانة أو عارية لانه يمكن أخذ المال منه بالحكم فلم يحتج الى القطع

﴿فصل﴾ ولا يجب على صبي ولا على مجنون لقوله ﷺ رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وروى ابن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتي بجارية قد سرقت فوجدها لم تحض فلم يقطعها وهل يجب على السكران فيه قولان ذكرناهما في الطلاق ولا يجب على مكره لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولأن ما أوجب عقوبة الله عز وجل على المختار لم يوجب على المكره كـكلمة الكفر ولا تجب على الحربي لانه لم يلتزم حكم الاسلام وهل يجب على المستأمن فيه قولان ذكرناهما في السير

﴿فصل﴾ ولا يجب فيما دون النصاب والنصاب ربع دينار أو ما قيمته ربع دينار لما روت عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله ﷺ لا يقطع يد السارق الا في ربع دينار فصاعدا فان سرق غير الذهب قوم بالذهب لأن النبي ﷺ قدر النصاب بالذهب فوجب أن يقوم غيره به وان سرق ربع مثقال من الخلاص وقيمته دون ربع دينار ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري وأبي علي بن أبي هريرة انه لا يقطع لأن النبي صلى الله عليه وسلم نص على ربع دينار وهذا قيمته دون ربع دينار والثاني وهو قول عامة أصحابنا انه يقطع لان الخلاص يقع عليه اسم الدينار وان لم ينصرف لأنه يقال دينار خلاص كما يقال دينار قراضة وان نقب اثنان حرزا وسرقا نصابين قطعا لأن كل واحد منهما سرق نصابا وان أخرج أحدهما نصابين ولم يخرج الآخر شيئا قطع الذي أخرج دون الآخر لأنه هو الذي انفرد بالسرقة فان اشتركا في سرقة نصاب لم يقطع واحد منهما وقال أبو ثور يجب القطع عليهما كما لو اشترك رجلان في القتل وجب القصاص عليهما وهذا خطأ لأن كل واحد منهما لم يسرق نصابا ويخالف القصاص فانا لو لم توجب على الشريكين جعل الاشتراك طريقا الى اسقاط القصاص وليس كذلك السرقة فانا اذا لم توجب القطع على الشريكين في سرقة نصاب لم يصر الاشتراك طريقا الى اسقاط القطع لأنهما لا يقصدان الى سرقة نصاب واحد لقلة ما يصيب كل واحد منهما فاذا اشتركا في نصابين أوجبنا القطع واذا نقب حرزا وسرق منه ثمن دينار ثم عاد وسرق ثمنا آخر ففيه ثلاثة أوجه أحدها وهو قول أبي العباس انه يجب القطع لأنه سرق نصابا من حرز مثله فوجب عليه القطع كما لو سرقه في دفعة واحدة والثاني وهو قول أبي اسحاق انه لا يجب القطع لأنه سرق تمام النصاب من حرز مهتوك والثالث وهو قول أبي علي ابن خيران انه ان عاد وسرق الثمن الثاني بعد ما اشتهر هتك الحرز لم يقطع لأنه سرق من حرز اشتهر خرابه وان سرق قبل أن يشتهر خرابه قطع لأنه سرق من قبل ظهور خرابه

﴿فصل﴾ ولا يجب القطع فيما سرق من غير حرز لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن رجلا من مزينة قال يا رسول الله كيف ترى في حريسة الجبل قال ليس في شيء من الماشية قطع الا ما أواه المراح وليس في شيء من الثمر المعلق قطع الا ما أواه الجرين

(قوله نصابا من المال) النصاب الأصل ومنه قولهم كريم النصاب وقد ذكر في الزكاة (قوله من الخلاص) الخلاص بالكسر ما أخلصته النار من الذهب ومثله الخلاصة وهو الذي أخلص ولم يضرب. والتبر غير مخلص (قوله من حرز مهتوك) قد ذكرنا أن أصل الهتك خرق الستر (قوله حريسة الجبل) الحريسة هي الشاة المسروقة من المرعى يقال فلان يأكل الحرائس اذا كان يأكل أغنام الناس. والسارق محترس قال لنا حلماء لا يشيب غلامنا * غريبا ولا تؤوى الينا الحرائس وكأنها لا حارس لها هناك الا الجبل. وقال ابن السكيت الحريسة المسروقة ليلا قال في الشامل حريسة بمعنى محروسة أي مسروقة كما يقال قتيل بمعنى مقتول وسمي السارق حارسا (قوله ليس في الثمر المعلق قطع الا ما أواه الجرين) المعلق ما دام على النخلة فهو معلق على القنو

فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع فأسقط القطع فى الماشية الا ما أواه المراح وفى الثمر المعلق الا ما أواه الجرين فدل على أن الحرز شرط فى إيجاب القطع ويرجع فى الحرز الى ما يعرفه الناس حرزا فما عرفوه حرزا قطع بالسرقة منه وما لا يعرفونه حرزا لم يقطع بالسرقة منه لأن الشرع دل على اعتبار الحرز وليس له حد من جهة الشرع فوجب الرجوع فيه الى العرف كالقبض والتفرق فى البيع واحياء الموات فان سرق مالا مثمنا كالذهب والفضة والخز والقز من البيوت أو الخانات الحريزة والدور المنيعة فى العمران ودونها أغلاق وجب القطع لأن ذلك حرز مثله وان لم يكن دونها أغلاق فان كان فى الموضع حافظ مستيقظ وجب القطع لأنه محرز به وان لم يكن حافظ أو كان فيه حافظ نائم لم يجب القطع لأنه غير محرز فان سرق من بيوت فى غير العمران كالرباطات التى فى البرية والجواسق التى فى البساتين فان لم يكن فيها حافظ لم تقطع مغلقا كان الباب أو مفتوحا لأن المال لا يحرز فيه من غير حافظ وان كان فيها حافظ فان كان مستيقظا قطع السارق مغلقا كان الباب أو مفتوحا لأنه محرز به وان كان نائما فان كان مغلقا قطع لأنه محرز وان كان مفتوحا لم يقطع لأنه غير محرز وان سرق متاع الصيادلة والبقالين من الدكاكين فى الأسواق ودونها أغلاق أو درابات وعليها قفل أو سرق أوانى الخزف ودونها شرائج القصب فان كان الامن ظاهرا قطع السارق لأن ذلك حرز مثله وان قل الامن فان كان فى السوق حارس قطع لأنه محرز به وان لم يكن حارس لم يقطع لأنه غير محرز وان سرق باب دار أو دكان قطع لأن حرزه بالنصب وان سرق حلقة الباب وهى مسمرة فيه قطع لأنها محرزة بالتسمير فى الباب وان سرق آجر الحائط قطع لانه محرز بالتشريج فى البناء وان سرق الطعام أو الدقيق فى غرائر شد بعضها الى بعض فى موضع البيع قطع على المنصوص فمن أصحابنا من قال ان كان فى موضع مأمون فى وقت الامن فيه ظاهر ولم يمكن أخذ شىء منه الا بحل رباطه أو فتق طرفه قطع لان العادة تركها فى موضع البيع ومن أصحابنا من قال لا يقطع الا أن يكون فى بيت دونه باب مغلق والذى نص عليه الشافعى رحمه الله فى غير العراق وان سرق حطبا شد بعضه الى بعض بحيث لا يمكن أن يسل منه شىء الا بحل رباطه قطع لانه محرز بالشد وان كان متفرقا لم يقطع لأنه غير محرز ومن أصحابنا من قال لا يقطع الا أن يكون فى بيت دونه باب مغلق مجتمعا كان أو متفرقا وان سرق أجزاعا ثقالا مطروحة على أبواب المساكن قطع لأن العادة فيها تركها على الابواب

﴿ فصل ﴾ وان نبش قبرا وسرق منه الكفن فان كان فى برية لم يقطع لأنه ليس بحرز للكفن وانما يدفن فى البرية للضرورة وان كان فى مقبرة تلى العمران قطع لما روى البراء بن عازب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه ومن نبش قطعناه ولان القبر حرز للكفن وان كان الكفن أكثر من خمسة أثواب فسرق ما زاد على الخمسة لم يقطع لان ما زاد على الخمسة ليس بمشروع فى الكفن فلم يجعل القبر حرزا له كالكيس المدفون معه وان أكل السبع الميت وبقى الكفن ففيه وجهان أحدهما أنه ملك للورثة يقسم عليهم وهو قول أبى على ابن أبى هريرة وأبى على الطبرى لان ذلك المال ينتقل اليهم بالارث وانما اختص الميت بالكفن للحاجة وقد زالت الحاجة فرجع اليهم والثانى أنه لبيت المال لانهم لم يورثوه عند الموت فلم يرثوه بعده

والجرين موضع يجفف فيه الثمر وهو الجرن أيضا ويسمى أيضا المربد والبيدر والابدر والمجن الترس لأنه يجن أى يستر والجمع المجان بالفتح وأصله مجانن بوزن مفاعل فادغم ومنه الحديث كان وجوههم المجان المطرقة (قوله فان سرق مالا مثمنا) يقال شىء مثمن وثمين أى مرتفع الثمن لا يباع الا بالثمن الكثير. والخانات جمع خان حيث يبيع التجار والخان أيضا موضع ينزله المسافرون (قوله ودونها أغلاق) جمع غلق وهو المغلاق الذى يغلق به الباب معروف ويقال الغلوق أيضا بالضم . والرباطات جمع رباط وهو ما يسكنه النساك والعباد. والجواسق جمع جوسق وهو منظر يبنى فى البساتين. والجوسق القصر أيضا (قوله متاع الصيادلة) هم الذين يبيعون العقاقير والادوية واحدهم صيدلانى. والصيدنانى بالنون أيضا لغة فيه وزيادة الالف والنون فيه للمبالغة وهو فى النسب كثير (قوله ودونها أغلاق أو درابات) هى شباك من خيوط تجعل على الدكاكين بالنهار (قوله شرائج القصب) جمع شريجة هو شىء ينسج من القصب بعد أن يشق يكون مشبكا مثل الشريجة التى تعمل من سعف النخل يحمل فيها البطيخ وسميت بذلك لتماثلها واستوائها يقال أشبه شرج شرجا وهو مثل قيل ان يوسف بن عمر شريج الحجاج أى مثله. وتشريج الشىء بالشىء مداخلته. وتشريج العيبة مداخلة عراها

﴿ فصل ﴾ وان نام رجل على ثوب فسرقه سارق قطع لماروى صفوان بن أمية قدم المدينة فنام فى المسجد متوسدا رداءه فجاءه سارق فأخذرداءه من تحت رأسه فأخذ صفوان السارق فجاء به النبى صلى الله عليه وسلم فأمر رسول الله ﷺ بقطع يده فقال صفوان انى لم أرد هذا هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا قبل أن تأتينى به ولأنه محرز به وان زحف عنه فى النوم فسرق لم يقطع لانزال الحرز فيه وان ضرب فسطاطا وترك فيه مالا فسرق وهو فيه أوعلى بابه نائم أومستيقظ قطع لان عادة الناس احراز المتاع فى الخيم على هذه الصفة وان لم يكن صاحبه معه لم يقطع السارق لانه لايترك الفسطاط بلا حافظ

﴿ فصل ﴾ وان كان ماله بين يديه وهو ينظر اليه فتغفله رجل وسرق ماله قطع لأنه سرق من حرزه وان نام أواشتغل عنه أوجعله خلفه بحيث تناله اليد فسرق لم يقطع لانه سرقه من غير حرز وان علق الثياب فى الحمام ولم يأمر الحمامى بحفظها فسرقت لم يضمن الحمامى لانه لايلزمه حفظها ولايقطع السارق لانه سرق من غير حرز لان الحمام مستطرق وان أمر الحمامى بحفظها فسرقت فان كان الحمامى مراعيا له لم يضمن لانه لم يفرط و يقطع السارق لانه سرق من حرز وان نام الحمامى أوتشاغل عن الثياب فسرقت ضمن الحمامى لانه فرط فى الحفظ ولم يقطع السارق لأنه سرق من غير حرز

﴿ فصل ﴾ فان سرق ماشية من الرعى نظرت فان كان الراعى ينظر اليها و يبلغها صوته اذا زجرها قطع السارق لانها فى حرز وان سرق والراعى نائم أوسرق منها ماغاب عن عينه بحائل لم يقطع لان الحرز بالحفظ ومالايراه غير محفوظ وان سرق مالا يبلغها صوته لم يقطع لانها تجتمع وتفترق بصوته واذا لم يبلغها صوته لم تسكن فى حفظه فلم يجب القطع بسرقته وان سرق ماشية سائرة أوجمالا مقطرة فان كان خلفها سائق ينظر اليها جميعها و يبلغها صوته اذا زجرها قطع لانها محرزة به وان سرق منه ماغاب عن عينه أومالم يبلغه صوته لبعده لم يقطع لماذكرناه فى الراعية وان كان مع الجمال قائد اذا التفت نظر الى جميعها و بلغها صوته اذا زجرها وأكثر الالتفات اليها قطع لانها محرزة بالقائد وان سرق مالاينظر اليه اذا التفت أولا يبلغه صوته أولم يكثر الالتفات اليها لم يقطع لانه سرق من غير حرز وان كانت الجمال باركة فان كان صاحبها ينظر اليها قطع السارق لانها محرزة بحفظه وان سرق وصاحبها نائم فان كانت غير معقلة لم يقطع لانها غير محرزة وان كانت معقلة قطع لان عادة الجمال اذا نام أن يعقلها وان كان على الجمال أحمال كان حرزها كحرز الجمال لان العادة ترك الأحمال على الجمال

﴿ فصل ﴾ ولايجب القطع الا بأن يخرج المال من الحرز بفعله فان دخل الحرز ورمى المال الى خارج الحرز أونقب الحرز وأدخل يده أو محجنا معه فأخرج المال قطع وان دخل الحرز وأخذ المال ودفعه الى آخر خارج الحرز قطع لأنه هو الذى أخرجه فان أخرجه ولم يأخذ منه الآخر فرده الى الحرز لم يسقط القطع لأنه وجب القطع بالاخراج فلم يسقط بالرد وان بط جيبه أوكمه فوقع منه المال أونقب حرزا فيه طعام فانثال قطع لأنه خرج بفعله وان كان فى الحرز ماء جار فترك فيه المال حتى خرج الى خارج الحرز قطع لأنه خرج بسبب فعله وان تركه فى ماء راكد فحركه حتى خرج المال قطع لماذكرناه وان حركه غيره لم يقطع لانه لم يخرج المال بفعله وان تفجر الماء وخرج المال ففيه وجهان أحدهما أنه يقطع لانه سبب خروجه والثانى أنه لايقطع لأن خروجه بالانفجار الحادث من غير فعله وان وضع المال فى النقب فى وقت هبوب الريح فأطارته الريح الى خارج الحرز قطع كما لو تركه فى ماء جار وان وضعه ولاريح ثم هبت ريح فأخرجته ففيه وجهان كما قلنا فيما لو تركه فى ماء راكد فتفجر الماء فخرج به فان وضع المال على حمار ثم قاده أوساقه حتى خرج من الحرز قطع لانه خرج بسبب فعله وان خرج الحمار من غير سوق ولاقود ففيه وجهان أحدهما أنه يقطع لان عادة البهائم اذا أثقلها الحمل أن تسير والثانى أنه لايقطع لانه سار باختياره وان نقب الحرز وأمر صغيرا لايميز باخراج المال من الحرز فأخرجه قطع لأن الصغير كالآلة وان دخل الحرز وأخذ جوهرة فابتلعها وخرج ففيه وجهان أحدهما أنه لايقطع لأنه استهلكها فى الحرز ولهذا يجب عليه قيمتها فلم يقطع كما لو أخذ طعاما فأكله والثانى أنه

(قوله وان زحف عنه) أى تزلج وانسل قليلا قليلا، من زحف الصبى على الارض قبل أن يمشى. والفسطاط قد ذكر. والمحجن عود معقف الطرف وأصله من الحجن بالتحريك وهو الاعوجاج (قوله طعام فانثال) أى انصب

يقطع لأنه أخرجه من الحرز في وعاء فأشبه اذا جعلها في جيبه ثم خرج وان أخذ طيبا فتطيب به ثم خرج فان لم يمكن أن يجتمع منه قدر النصاب لم يقطع لأنه استهلكه في الحرز فصار كما لو كان طعاما فأكله وان أمكن أن يجتمع منه قدر النصاب ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقطع لأن استعمال الطيب اتلاف له فصار كالطعام اذا أكله في الحرز والثاني أنه يقطع لان عينه باقية ولهذا يجوز لصاحبه أن يطالبه برده

﴿ فصل ﴾ ولا يجب القطع حتى ينفصل المال عن جميع الحرز فان سرق جذعا أو عمامة فأخذ قبل أن ينفصل الجميع من الحرز لم يقطع لأنه لا ينفرد بعضه عن بعض ولهذا لو كان في طرف منه نجاسة لم تصح صلاته فيه فاذا لم يجب القطع فيما بقي من الحرز لم يجب فيما خرج منه وان نقب رجلان حرزا فأخذ أحدهما المال ووضعه على باب النقب وأخذه الآخر ففيه قولان أحدهما أنه يجب عليهما القطع لانا لو لم نوجب القطع عليهما صار هذا طريقا الى اسقاط القطع والثاني أنه لا يقطع واحد منهما وهو الصحيح لأن كل واحد منهما لم يخرج المال من كمال الحرز وان نقب أحدهما الحرز ودخل الآخر وأخرج المال ففيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالمسئلة قبلها ومنهم من قال لا يجب القطع قولا واحدا لان أحدهما نقب ولم يخرج المال والآخر أخرج المال من غير حرزه

﴿ فصل ﴾ وان فتح مراحا فيه غنم فحلب من ألبانها قدر النصاب وأخرجه قطع لان الغنم مع اللبن في حرز واحد فصار كما لو سرق نصابا من حرزين في بيت واحد

﴿ فصل ﴾ فان دخل السارق الى دار فيها سكان ينفرد كل واحد منهم ببيت مقفل فيه مال ففتح بيتا وأخرج المال الى صحن الدار قطع لانه أخرج المال من حرزه وان كانت الدار لواحد وفيها بيت فيه مال فأخرج السارق المال من البيت الى الصحن فان كان باب البيت مفتوحا و باب الدار مغلقا لم يقطع لان ما في البيت محرز بباب الدار وان كان باب الدار مفتوحا وباب البيت مغلقا قطع لان المال محرز بالبيت دون الدار وان كان باب البيت مفتوحا وباب الدار مفتوحا لم يقطع لان المال غير محرز وان كان باب البيت مغلقا وباب الدار مغلقا ففيه وجهان أحدهما أنه يقطع لان البيت حرز لما فيه فقطع كما لو كان باب الدار مفتوحا والثاني أنه لا يقطع لأن البيت المغلق في دار مغلقة حرز في حرز فلم يقطع بالاخراج من أحدهما كما لو كان في بيت مقفل صندوق مقفل فأخرج المال من الصندوق ولم يخرجه من البيت

﴿ فصل ﴾ وان سرق الضيف من مال المضيف نظرت فان سرقه من مال لم يحرزه عنه لم يقطع لما روى أبو الزبير عن جابر قال أضاف رجل رجلا فأنزله في مشربة له فوجد متاعا له قد اختانه فيه فأتى به أبا بكر رضي الله عنه فقال خل عنه فليس بسارق وانما هي أمانة اختانها ولانه غير محرز عنه فلم يقطع فيه وان سرقه من بيت مقفل قطع لما روى محمد بن حاطب أو الحارث أن رجلا قدم المدينة فكان يكثر الصلاة في المسجد وهو أقطع اليد والرجل فقال له أبو بكر رضي الله عنه ما ليلك بليل سارق فلبثوا ما شاء الله ففقدوا حليا لهم فجعل الرجل يدعو على من سرق أهل هذا البيت الصالح فمر رجل بصائغ فرأى عنده حليا فقال ما أشبه هذا الحلي بحلي آل أبي بكر فقال للصائغ ممن اشتريته فقال من ضيف أبي بكر فأخذ فأقر فجعل أبو بكر رضي الله عنه يبكي فقالوا ما يبكيك من رجل سرق فقال أبكي لغرته بالله تعالى فأمر به فقطعت يده ولأن البيت المغلق حرز لما فيه فقطع بالسرقة منه

﴿ فصل ﴾ ولا يجب القطع بسرقة ما ليس بمال كالكلب والخنزير والخمر والسرجين سواء سرقه من مسلم أو من ذمي لان القطع جعل لصيانة الاموال وهذه الاشياء ليست بمال فان سرق اناء يساوي نصابا فيه خمر ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقطع لأن ما فيه تجب اراقته ولا يجوز اقراره فيه والثاني أنه يقطع لان سقوط القطع فيما فيه لا يوجب سقوط القطع فيه كما لو سرق اناء فيه بول

(قوله فان سرق جذعا) أراد الخشبة التي يبنى بها. وأصله جذع النخل. وصحن الدار وسطها (قوله فأنزله في مشربة) المشربة الغرفة وهي الخلوة بلغة أهل اليمن قال الله تعالى لهم غرف من فوقها غرف (قوله أبكي لغرته بالله) الغرة ههنا الغفلة وقلة التجربة يقال رجل غر اذا لم يجرب الامور. والغار الغافل أيضا والاسم الغرة

﴿ فصل ﴾ وان سرق صنما أو بربطا أو مزمارا فان كان اذا فصل لم يصلح لغير معصية لم يقطع لأنه لاقيمة لما فيه من التأليف وان كان اذا فصل يصلح لمنفعة مباحة ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه يقطع لانه مال يقوم على متلفه والثانى أنه لايقطع لانه آلة معصية فلم يقطع بسرقته كالخمر والثالث وهو قول أبى على ابن أبى هريرة رحمه الله أنه ان أخرجه مفصلا قطع لزوال المعصية وان أخرجه غير مفصل لم يقطع لبقاء المعصية وان سرق أوانى الذهب والفضة قطع لانها تتخذ للزينة لا للمعصية

﴿ فصل ﴾ وان سرق حرا صغيرا لم يقطع لانه ليس بمال وان سرقه وعليه حلى بقدر النصاب ففيه وجهان أحدهما أنه يقطع لانه قصد سرقة ماعليه من المال والثانى أنه لايقطع لأن يده ثابتة على ماعليه ولهذا لو وجد لقيط ومعه مال كان المال له فلم يقطع كما لو سرق جملا وعليه صاحبه وان سرق أم ولد نائمة ففيه وجهان أحدهما أنه يقطع لأنها تضمن باليد فقطع بسرقتها كسائر الاموال والثانى أنه لا يقطع لان معنى المال فيها ناقص لانه لا يمكن نقل الملك فيها وان سرق عينا موقوفة على غيره ففيه وجهان كالوجهين فى أم الولد وان سرق من غلة وقف على غيره قطع لانه مال يباع و يبتاع وان سرق الماء ففيه وجهان أحدهما أنه يقطع لانه يباع و يبتاع والثانى أنه لا يقطع لانه لا يقصد الى سرقته لكثرته

﴿ فصل ﴾ ولا يقطع فيما له فيه شبهة لقوله عليه السلام ادرأوا الحدود بالشبهات فان سرق مسلم من مال بيت المال لم يقطع لما روى أن عاملا لعمر رضى الله عنه كتب اليه يسأله عمن سرق من مال بيت المال قال لا تقطعه فما من أحد الا وله فيه حق وروى الشعبى أن رجلا سرق من بيت المال فبلغ عليا كرم الله وجهه فقال ان له فيه سهما ولم يقطعه وان سرق ذمى من بيت المال قطع لانه لاحق له فيه وان كفن ميت بثوب من بيت المال فسرقه سارق قطع لان بالتكفين به انقطع عنه حق سائر المسلمين وان سرق من غلة وقف على المسلمين لم يقطع لان له فيه حقا وان سرق فقير من غلة وقف على الفقراء لم يقطع لان له فيه حقا وان سرق منها غنى قطع لانه لاحق له فيها

﴿ فصل ﴾ وان سرق رتاج الكعبة أو باب المسجد أو تأزيره قطع لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قطع سارقا سرق قبطية من منبر رسول الله ﷺ ولانه مال محرز بحرز مثله لا شبهة له فيه وان سرق مسلم من قناديل المسجد أو من حصره لم يقطع لأنه جعل ذلك لمنفعة المسلمين وللسارق فيها حق وان سرقه ذمى قطع لأنه لاحق له فيها

﴿ فصل ﴾ ومن سرق من ولده أو ولد ولده وان سفل أو من أبيه أو من جده وان علا لم يقطع وقال أبو ثور يقطع لقوله عز وجل والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما فعم ولم يخص وهذا خطأ لقوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات وللأب شبهة فى مال الابن وللابن شبهة فى مال الأب لأنه جعل ماله كماله فى استحقاق النفقة و رد الشهادة فيه والآية نخصها بما ذكرناه ومن سرق ممن سواهما من الأقارب قطع لأنه لا شبهة له فى ماله ولا يقطع العبد بسرقة مال مولاه وقال أبو ثور يقطع لعموم الآية وهذا خطأ لما روى السائب بن يزيد أنه حضر عمر بن الخطاب رضى الله عنه وقد جاءه عبد الله بن عمرو الحضرمى فقال ان غلامى هذا سرق فاقطع يده فقال عمر ما سرق فقال مرآة امرأتى فقال له أرسله خادمكم أخذ متاعكم ولكن لو سرق من غيركم قطع ولأن يده كيد المولى بدليل أنه لو كان بيده مال فادعاه رجل كان القول فيه قول المولى فيصير كما لو نقل ماله من زاوية من داره الى زاوية أخرى ولأن له فى ماله شبهة فى استحقاق النفقة فلم يقطع كالاب والابن وان سرق من غيره قطع لقول عمر رضى الله عنه ولأنه لاشبهة له فى مال غيره وان سرق أحد الزوجين من الآخر ما هو محرز عنه ففيه ثلاثة أقوال أحدها أنه يقطع لأن النكاح عقد على المنفعة فلا يسقط القطع فى السرقة كالاجارة والثانى أنه لا يقطع لان الزوجة تستحق النفقه على الزوج والزوج يملك أن يحجر عليها و يمنعها من التصرف على قول بعض الفقهاء فصار ذلك شبهة والثالث أنه يقطع الزوج بسرقة مال الزوجة ولا

(قوله وان سرق صنما أو بربطا أو مزمارا) الصنم ماكان على صورة حيوان. والبربط من آلات اللهو قيل انه عود الغناء وقيل غيره (قوله وان سرق رتاج الكعبة) الرتاج الباب لانه يرتج أى يسد (قوله سرق قبطية) هى عباءة منسوبة الى القبط وهم جنس من العجم بمصر منهم فرعون مصر. تأزير المسجد هو تزيين حائطه بألوان الأصباغ وقد يكون بالذهب (قوله من زاوية) زويت الشىء جمعته وقبضته وفى الحديث زويت لى الارض أى جمعت فكأنها تجمع الشىء وتقبضه

تقطع الزوجة بسرقة مال الزوج لأن للزوجة حقا فى مال الزوج بالنفقة وليس للزوج حق فى مالها ومن لا يقطع من الزوجين بسرقة مال الآخر لا يقطع عبده بسرقة ماله لقول عمر رضى الله عنه فى سرقة غلام الحضرمى الذى سرق مرآة امرأته أرسله فلا قطع عليه خادمكم أخذ متاعكم ولان يد عبده كيده فكانت سرقته من ماله كسرقته

﴿ فصل ﴾ وان كان له على رجل دين فسرق من ماله فان كان جاحدا له أو مماطلا لم يقطع لأن له أن يتوصل الى أخذه بدينه وان كان مقرا مليا قطع لأنه لا شبهة له فى سرقته وان غصب مالا فأحرزه فى بيت فنقب المغصوب منه البيت وسرق مع ماله نصابا من مال الغاصب ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه لا يقطع لأنه هتك حرزا كان له هتكه لأخذ ماله والثانى أنه يقطع لانه لما سرق مال الغاصب علم أنه قصد سرقة مال الغاصب والثالث أنه ان كان ماسرقه متميزا عن ماله قطع لانه لا شبهة له فى سرقته وان كان مختلطا بما له لم يقطع لانه لا يتميز ما يجب فيه القطع عما لا يجب فيه فلم يقطع وان سرق الطعام عام المجاعة نظرت فان كان الطعام موجودا قطع لانه غير محتاج الى سرقته وان كان معدوما لم يقطع لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال لا قطع فى عام المجاعة أو السنة ولأن له أن يأخذه فلم يقطع فيه

﴿ فصل ﴾ وان نقب المؤجر الدار المستأجرة وسرق منها مال المستأجر قطع لانه لا شبهة له فى ماله ولا فى هتك حرزه وان نقب المعير الدار المستعارة وسرق منها مال المستعير ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقطع لأن له أن يرجع فى العارية فجعل النقب رجوعا والثانى وهو المنصوص أنه يقطع لانه أحرز ماله بحرز بحق فأشبه اذا نقب المؤجر الدار المستأجرة وسرق مال المستأجر وان غصب رجل مالا أو سرقه وأحرزه فجاء سارق فسرقه ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقطع لأنه حرز لم يرضه مالكه والثانى أنه يقطع لانه سرق مالا شبهة له فيه من حرز مثله

﴿ فصل ﴾ وان وهب المسروق منه العين المسروقة من السارق بعد ما رفع الى السلطان لم يسقط القطع لما روى أن النبى ﷺ أمر فى سارق رداء صفوان أن تقطع يده فقال صفوان انى لم أرد هذا هو عليه صدقة فقال رسول الله ﷺ فهلا قبل أن تأتينى به ولأن ما حدث بعد وجوب الحد ولم يوجب شبهة فى الوجوب فلم يؤثر فى الحد كما لو زنى وهو عبد فصار حرا قبل أن يحد أو زنى وهو بكر فصار ثيبا قبل أن يحد وان سرق عينا قيمتها ربع دينار فنقصت قيمتها قبل أن يقطع لم يسقط القطع لما ذكرناه وان ثبتت السرقة بالبينة فأقر المسروق منه بالملك للسارق أو قال كنت أبحته له سقط القطع لأنه يحتمل أن يكون صادقا فى اقراره وذلك شبهة فلم يجب معها الحد وان ثبتت السرقة بالبينة فادعى السارق أن المسروق ماله وهبه منه أو أباحه له وأنكر المسروق منه ولم يكن للسارق بينة لم يقبل دعواه فى حق المسروق منه لأنه خلاف الظاهر بل يجب تسليم المال اليه وأما القطع فالمنصوص أنه لا يجب لأنه يجوز أن يكون صادقا وذلك شبهة فمنعت وجوب الحدود كرأبو اسحق وجها آخر أنه يقطع لأنا لو أسقطنا القطع بدعواه أفضى الى أن لا يقطع سارق وهذا خطأ لأنه يبطل به اذا ثبت عليه الزنا بامرأة وادعى زوجيتها فانه يسقط الحد وان أفضى ذلك الى اسقاط حد الزنا وان ثبتت السرقة بالبينة والمسروق منه غائب فالمنصوص فى السرقة أنه لا يقطع حتى يحضر فيدعى وقال فيمن قامت البينة عليه أنه زنى بأمة ومولاها غائب أنه يحد ولا ينتظر حضور المولى فاختلف أصحابنا فيه على ثلاثة مذاهب أحدها وهو قول أبى العباس ابن سريج رحمه الله أنه لا يقام عليه الحد فى المسئلتين حتى يحضر وما روى فى حد الزنا سهو من الناقل ووجهه أنه يجوز أن يكون عند الغائب شبهة تسقط الحد بأن يقول المسروق منه كنت أبحته له ويقول مولى الأمة كنت وقفتها عليه والحد يدرأ بالشبهة فلا يقام عليه قبل الحضور والثانى وهو قول أبى اسحق أنه ينقل جواب كل واحدة منهما الى الاخرى فيكون فى المسئلتين قولان أحدهما أنه لا يحد لجواز أن يكون عند الغائب شبهة والثانى أنه يحد لانه وجب الحد فى الظاهر فلا يؤخر والثالث وهو قول أبى الطيب ابن سلمة وأبى حفص ابن الوكيل أنه يحد الزانى ولا يقطع السارق على ما نص عليه لان حد الزنا لا تمنع الاباحة من وجوبه والقطع فى السرقة تمنع الاباحة من وجوبه وان ثبتت السرقة والزنا بالاقرار فهو كما لو

(قوله وان سرق الطعام عام المجاعة) هى مفعلة من الجوع وأصلها مجوعة فنقلت فتحة الواو الى ماقبلها ثم قلبت ألفا ويقال مجوعة بفتح الواو من غير قلب (قوله السنة) هى الجدب والقحط يقال أصابتهم سنة أى قحط (قوله فهلا قبل أن تأتينى به) معناه فهلا عفوت عنه قبل أن تأتينى فحذف اختصارا

ثبتت بالبينة فيكون على ما تقدم من المذاهب ومن أصحابنا من قال فيه وجه آخر أنه يقطع السارق ويحد الزانى فى الاقرار وجها واحدا والصحيح أنه كالبينة واذا قلنا انه ينتظر قدوم الغائب ففيه وجهان أحدهما أنه يحبس لانه قد وجب الحد وبقى الاستيفاء فحبس كما يحبس من عليه القصاص الى أن يبلغ الصبى ويقدم الغائب والثانى أنه ان كان السفر قريبا حبس الى أن يقدم الغائب وان كان السفر بعيدا لم يحبس لان فى حبسه اضرارا به والحق لله عز وجل فلم يحبس لأجله

﴿ فصل ﴾ واذا ثبت الحد عند السلطان لم يجز العفو عنه ولا تجوز الشفاعة فيه لما روت عائشة رضى الله عنها قالت أتى رسول الله ﷺ بسارق قد سرق فأمر به فقطع فقيل يارسول الله ما كنا نراك تبلغ به هذا قال لو كانت فاطمة بنت محمد لأقمت عليها الحد وروى عروة قال شفع الزبير فى سارق فقيل حتى يأتى السلطان قال اذا بلغ السلطان فلعن الله الشافع والمشفع كما قال رسول الله ﷺ ولأن الحد لله فلا يجوز فيه العفو والشفاعة

﴿ فصل ﴾ واذا وجب القطع قطعت يده اليمنى فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا قطعت يده اليسرى فان سرق رابعا قطعت رجله اليمنى لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال فى السارق وان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله ثم ان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله وان سرق خامسا لم يقتل لأن النبى ﷺ بين فى حديث أبى هريرة ما يجب عليه فى أربع مرات فلو وجب فى الخامسة قتل لبين ويعزر لانه معصية ليس فيها حد ولا كفارة فعزر فيها

﴿ فصل ﴾ وتقطع اليد من مفصل الكف لما روى عن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما أنهما قالا اذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من الكوع ولان البطش بالكف وما زاد من الذراع تابع ولهذا تجب الدية فيه ويجب فيما زاد الحكومة وتقطع الرجل من مفصل القدم وقال أبو ثور تقطع الرجل من شطر القدم لما روى الشعبى قال كان على عليه السلام يقطع الرجل من شطر القدم ويترك له عقبا يقول أدع له ما يعتمد عليه والمذهب ما ذكرناه والدليل عليه ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه كان يقطع القدم من مفصلها ولان البطش بالقدم ويجب فيها الدية فوجب قطعه

﴿ فصل ﴾ وان سرق ولا يمين له قطعت الرجل اليسرى فان كانت له يمين عند السرقة فذهبت بآكلة أو جناية سقط الحد ولم ينتقل الحد الى الرجل والفرق بين المسئلتين أنه اذا سرق ولا يمين له تعلق الحد بالعضو الذى يقطع بعدها واذا سرق وله يمين تعلق القطع بها فاذا ذهبت زال ما تعلق به القطع فسقط وان سرق وله يد ناقصة الأصابع قطعت لان اسم اليد يقع عليها وان لم يبق غير الراحة ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقطع وينتقل الحد الى الرجل لانه قد ذهبت المنفعة المقصودة بها ولهذا لا يضمن بأرش مقدر فصار كما لو لم يبق منها شيء والثانى أنه يقطع ما بقى لانه بقى جزء من العضو الذى تعلق به القطع فوجب قطعه كما لو بقيت أنملة فان سرق وله يد شلاء فان قال أهل الخبرة انها اذا قطعت انسدت عروقها قطعت وان قالوا لا تنسد عروقها لم تقطع لان قطعها يؤدى الى أن يهلك

﴿ فصل ﴾ واذا قطع فالسنة أن يعلق العضو فى عنقه ساعة لما روى فضالة بن عبيد قال أتى النبى ﷺ بسارق فأمر به فقطعت يده ثم أمر فعلقت فى رقبته ولان فى ذلك ردعا للناس ويحسم موضع القطع لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ أتى بسارق فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتونى به فقطع فأتى به فقال تب الى الله تعالى فقال تبت الى الله تعالى فقال تاب الله عليك والحسم هو أن يغلى الزيت غليا جيدا ثم يغمس فيه موضع القطع لتنحسم العروق وينقطع الدم فان ترك الحسم جاز لانه مداواة فجاز تركها وأما ثمن الزيت وأجرة القاطع فهو فى بيت المال لانه من المصالح فان قال أنا أقطع بنفسى ففيه وجهان أحدهما أنه لا يمكن كما لا يمكن فى القصاص والثانى أنه يمكن لان الحق لله تعالى والقصد به التنكيل وذلك قد يحصل بفعله بخلاف القصاص فانه يجب للآدمى للتشفى فكان الاستيفاء اليه

﴿ فصل ﴾ وان وجب عليه قطع يمينه فأخرج يساره فاعتقد أنها يمينه أو اعتقد ان قطعها يجزىء عن اليمين فقطعها القاطع ففيه وجهان أحدهما وهو المنصوص أنه يجزئه عن اليمين لان الحق لله تعالى ومبناه على المساهلة

(قوله من الكوع) هو العظم الذى يلى الابهام من الرسغ ويحسم موضع القطع . أصل الحسم القطع، حسمه فانحسم وأراد قطع الدم قطعه وحسمه. وفى الحديث اقطعوه ثم احسموه أى اكووه لينقطع الدم ، والقصد به التنكيل أى التعذيب

فقامت اليسار فيه مقام اليمين والثانى أنه لايجزئه لانه قطع غير العضو الذى تعلق به القطع فعلى هذا ان كان القاطع تعمد قطع اليسار وجب عليه القصاص فى يساره وان قطعها وهو يعتقد أنها يمينه أو قطعها وهو يعتقد أن قطعها يجزئه عن اليمين وجب عليه نصف الدية

(فصل) اذا تلف المسروق فى يد السارق ضمن بدله وقطع ولا يمنع أحدهما الآخر لان الضمان يجب لحق الآدمى والقطع يجب لله تعالى فلا يمنع أحدهما الآخر كالدية والكفارة

﴿ باب حد قاطع الطريق ﴾

من شهر السلاح وأخاف السبيل فى مصر أو برية وجب على الامام طلبه لانه اذا ترك قويت شوكته وكثر الفساد به فى قتل النفوس وأخذ الأموال فان وقع قبل أن يأخذ المال ويقتل النفس عزر وحبس على حسب مايراه السلطان لانه تعرض للدخول فى معصية عظيمة فعزر كالمتعرض للسرقة بالنقب والمتعرض للزنا بالقبلة وان أخذ نصابا بالمحرز ابحرز مثله ممن يقطع بسرقة ماله وجب عليه قطع يده اليمنى ورجله اليسرى لماروى الشافعى عن ابن عباس أنه قال فى قطاع الطريق اذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا واذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا واذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف ونفيهم اذا هربوا أن يطلبوا حتى يؤخذوا وتقام عليهم الحدود لانه ساوى السارق فى أخذ النصاب على وجه لا يمكن الاحتراز منه فساواه فى قطع اليد وزاد عليه باخافة السبيل بشهر السلاح فغلظ بقطع الرجل فان لم يكن له اليد اليمنى وله الرجل اليسرى قطع الرجل لان الحد تعلق بهما فاذا فقد أحدهما تعلق الحد بالباقى كما قلنا فى السارق اذا كانت له يد ناقصة الأصابع وان لم يكن له اليد اليمنى ولا الرجل اليسرى انتقل القطع الى اليد اليسرى والرجل اليمنى لان مايبدأ به معدوم فتعلق الحد بما بعده وان أخذ دون النصاب لم يقطع وخرج أبو على ابن خيران قولا آخر أنه لا يعتبر النصاب كما لا يعتبر التكافؤ فى القتل فى المحاربة فى أحد القولين وهذا خطأ لانه قطع يجب بأخذ المال فشرط فيه النصاب كالقطع فى السرقة فان أخذ المال من غير حرز بأن انفرد عن القافلة أو أخذ من جمال مقطرة ترك القائد تعاهدها لم يقطع لانه قطع يتعلق بأخذ المال فشرط فيه الحرز كقطع السرقة

(فصل) وان قتل ولم يأخذ المال انحتم قتله ولم يجز لولى الدم العفو عنه لماروى ابن عباس رضى الله عنه قال نزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم أن من قتل ولم يأخذ المال قتل والحد لا يكون الاحتما ولان ماأوجب عقوبة فى غير المحاربة تغلظت العقوبة فيه بالمحاربة كأخذ المال يغلظ بقطع الرجل وان جرح جراحة توجب القود فهل يتحتم القود فيه قولان أحدهما أنه يتحتم لان ماأوجب القود فى غير المحاربة انحتم القود فيه فى المحاربة كالقتل والثانى أنه لايتحتم لانه تغليظ لايتبعض فى النفس فلم يجب فيما دون النفس كالكفارة

(فصل) وان قتل وأخذ المال قتل وصلب ومن أصحابنا من قال يصلب حيا ويمنع الطعام والشراب حتى يموت وحكى أبو العباس ابن القاص فى التخليص عن الشافعى رضى الله عنه أنه قال يصلب ثلاثا قبل القتل ولا يعرف هذا للشافعى والدليل على أنه يصلب بعد القتل قوله ﷺ اذا قتلتم فأحسنوا القتلة وان كان الزمان باردا أو معتدلا صلب بعد القتل ثلاثا وان كان الحر شديدا وخيف عليه التغير قبل الثلاث حنط وغسل وكفن وصلى عليه وقال أبو على ابن أبى هريرة رحمه الله يصلب الى أن يسيل صديده وهذا خطأ لان فى ذلك تعطيل أحكام الموتى من الغسل والتكفين والصلاة والدفن وان مات فهل يصلب فيه وجهان أحدهما وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله أنه لايصلب لان الصلب تابع للقتل وصفة له وقد سقط القتل فسقط الصلب والثانى وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب الطبرى رحمه الله أنه يصلب لانهما حقان فاذا تعذر أحدهما لم يسقط الآخر

﴿ ومن باب حد قاطع الطريق ﴾

(قوله من شهر السلاح) أى سله وأخرجه من غمده. وأخاف السبيل أى الطريق. والمصر البلد العظيم (قوله قويت شوكته) الشوكة شدة البأس والحد فى السلاح وقد شاك يشاك شوكا أى ظهرت شوكته وحدته (قوله انحتم قتله) أى وجب ولم يسقط بالعفو ولا الفداء. والحتم قطع الأمر وابرامه من غير شك ولا نظر

﴿فصل﴾ وان وجب عليه الحد ولم يقع في يد الامام طلب الى أن يقع فيقام عليه الحد لقوله عز وجل أو ينفوا من الارض وقد روينا عن ابن عباس أنه قال ونفيهم اذا هربوا أن يطلبوا حتى يوجدوا فتقام عليهم الحدود

﴿فصل﴾ ولا يجب ما ذكرناه من الحد الا على من باشر القتل أو أخذ المال فأما من حضر ردءا لهم أو عينا فلا يلزمه الحد لقوله ﷺ لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان أو قتل نفس بغير حق ويعزر لانه أعان على معصية فعزر وان قتل بعضهم وأخذ بعضهم المال وجب على من قتل القتل وعلى من أخذ المال القطع لان كل واحد منهم انفرد بسبب حد فاختص بحده

﴿فصل﴾ اذا قطع قاطع الطريق اليد اليسرى من رجل وأخذ المال قدم قطع القصاص سواء تقدم على أخذ المال أو تأخر لان حق الآدمي آكد فاذا اندمل موضع القصاص قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى لأخذ المال ولا يوالى بينهما لأنهما عقوبتان مختلفتان فلا تجوز الموالاة بينهما وان قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى وأخذ المال وقلنا ان القصاص يتحتم نظرت فان تقدم أخذ المال سقط القطع الواجب بسببه لأنه يجب تقديم القصاص عليه لتأكد حق الآدمي واذا قطع للآدمي زال ما تعلق الوجوب به لأخذ المال فسقط وان تقدمت الجناية لم يسقط الحد لأخذ المال فتقطع يده اليسرى ورجله اليمنى لانه استحق بالجناية فيصير كمن أخذ المال وليس له يد يمنى ولا رجل يسرى فتعلق باليد اليسرى والرجل اليمنى

﴿فصل﴾ وان تاب قاطع الطريق بعد القدرة عليه لم يسقط عنه شيء مما وجب عليه من حد المحاربة لقوله عز وجل الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم فشرط في العفو عنهم أن تكون التوبة قبل القدرة عليهم فدل على أنهم اذا تابوا بعد القدرة لم يسقط عنهم وان تاب قبل القدرة عليه سقط عنه ما يختص بالمحاربة وهو انحتام القتل والصلب وقطع الرجل للآية وهل يسقط قطع اليد فيه وجهان أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يسقط لانه قطع عضو وجب بأخذ المال في المحاربة فسقط بالتوبة قبل القدرة كقطع الرجل والثاني وهو قول أبي اسحق أنه لا يسقط لانه قطع يد لأخذ المال فلم يسقط بالتوبة قبل القدرة كقطع السرقة

﴿فصل﴾ فأما الحد الذي لا يختص بالمحاربة ينظر فيه فان كان للآدمي وهو حد القذف لم يسقط بالتوبة لانه حق للآدمي فلم يسقط بالتوبة كالقصاص وان كان لله عز وجل وهو حد الزنا واللواط والسرقة وشرب الخمر ففيه قولان أحدهما انه لا يسقط بالتوبة لأنه حد لا يختص بالمحاربة فلم يسقط بالتوبة كحد القذف والثاني انه يسقط وهو الصحيح والدليل عليه قوله عز وجل في الزنا فان تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ان الله كان توابا رحيما وقوله تعالى في السرقة فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان الله يتوب عليه ان الله غفور رحيم وقوله ﷺ التوبة تجب ما قبلها ولأنه حد خالص لله تعالى فسقط بالتوبة كحد قاطع الطريق فان قلنا انها تسقط نظرت فان كانت وجبت في غير المحاربة لم تسقط بالتوبة حتى يقترن بها الاصلاح في زمان يوثق بتوبته لقوله تعالى فان تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ولقوله تعالى فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان

(قوله أو ينفوا من الارض) أي يطردوا ونفيت فلانا أي طردته. وأما الفقهاء فقال بعضهم نفيهم أن يطلبوا حيث كانوا فيوجدوا وقال بعضهم نفيهم أن يحبسوا وقال بعضهم نفيهم أن يقتلوا فلا يبقوا (قوله فأما من حضر ردءا) أي عونا قال الله تعالى ردءا يصدقني. وأردأته أعنته (قوله الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) أي رجعوا عما كانوا عليه من المعصية الى الطاعة وفعل الخير. وتوبة الله تعالى على عباده رجوعه عن الغضب الى الرضاء وقد تكون توبة الله عليهم الرجوع من التشديد الى التخفيف ومن الحظر الى الاباحة كقوله علم أن لن تحصوه فتاب عليكم أي رجع بكم الى التخفيف بعد التشديد وقوله «علم الله أنكم كنتم تختانون أنفسكم فتاب عليكم» أي أباح لكم ما حظر عليكم (قوله الصلب) أصل الصلب سيلان الصليب وهو الصديد والودك. قال الشاعر:

جريمة ناهض في رأس نيق * ترى لعظام ما جمعت صليبا

وقيل للمقتول الذي يربط على خشبة حتى يسيل صليبه صليب ومصلوب وسمي ذلك الفعل صلبا (قوله عليه السلام التوبة تجب ما قبلها) أصل التوبة الرجوع تاب اذا رجع. والجب القطع ولهذا قيل لمقطوع الذكر مجبوب

الله يتوب عليه فعلق العفو بالتوبة والاصلاح ولأنه قد يظهر التوبة للتقية فلا يعلم صحتها حتى يقترن بها الاصلاح فى زمان يوثق فيه بتوبته وان وجبت عليه الحدود فى المحار بة سقطت باظهار التوبة والدخول فى الطاعة لأنه خارج من يد الامام ممتنع عليه فاذا أظهر التوبة لم تحمل توبته على التقية

﴿ باب حد الخمر ﴾

كل شراب أسكر كثيره حرم قليله وكثيره والدليل عليه قوله تعالى انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون واسم الخمر يقع على كل مسكر والدليل عليه ماروى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال كل مسكر خمر وكل خمر حرام وروى النعمان بن بشير رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ان من التمر لخمرا وان من البر لخمرا وان من الشعير لخمرا وان من العسل خمرا وروى سعد رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أنهاكم عن قليل ماأسكر كثيره وروت أم المؤمنين عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ماأسكر الفرق منه فلء الكف منه حرام

﴿ فصل ﴾ ومن شرب مسكرا وهو مسلم بالغ عاقل مختار وجب عليه الحد فان كان حرا جلد أربعين جلدة لماروى أبو ساسان قال لما شهد على الوليد بن عقبة قال عثمان لعلى عليه السلام دونك ابن عمك فاجلده قال قم ياحسن فاجلده قال فيم أنت وذاك ول هذا غيرى قال ولكنك ضعفت وعجزت ووهنت فقال قم ياعبد الله بن جعفر فاجلده فجلده وعلى عليه السلام يعد ذلك

(قوله للتقية) اظهار مايؤمنه من الخوف

﴿ ومن باب حد الخمر ﴾

فى تسمية الخمر خمرا ثلاثة أقوال أحدها أنها تخمر العقل أى تستره أخذ من خمار المرأة الذى تستر به رأسها. والخمر الشجر الكثير الذى يغطى الارض قال * فقد جاوز تماخر الطريق * الثانى أنها تخمر نفسها لئلا يقع فيها شىء يفسدها وخصت بذلك لدوامها تحت الغطاء لتزداد جودتها وشدة سورتها . ومنه قوله عليه السلام خمروا الآنية أى غطوها الثالث لانها تخامر العقل أى تخالطه قال الشاعر

خامر القلب من ترجيع ذكرتها * رس لطيف ورهن منك مكبول

(قوله انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان) الميسر القمار قال مجاهد كل شىء فيه قمار فهو ميسر حتى لعب الصبيان بالجوز. وقال الأزهرى الميسر الجزور التى كانوا يتقامرون عليها. وسمى ميسرا لأنه يجزأ أجزاء وكأ نه جزأته أجزاء فقد يسرته. والياسر الجزار الذى يجزئها، والجمع أيسار. والازلام القداح واحدها زلم بفتح الزاى وضمها وهى السهام التى كان أهل الجاهلية يستقسمون بها على الميسر قاله العزيزى. وقال الهروى كانت زلت وسويت أى أخذ من حروفها، وكان أحد الجاهلية يجعلها فى وعاءله وقد كتب الأمر والنهى فاذا أرادسفرا أوحاجة أدخل يده فى ذلك الوعاء فان خرج الآمر مضى لطيته وان خرج الناهى كف وانصرف، وفيها كلام يطول. وأما الانصاب فهو جمع نصب بفتح النون وضمها وهو حجر أوصنم منصوب يذبحون عنده يقال نصب ونصب ونصب ثلاث لغات. والرجس القذر والنتن ومنه قوله تعالى انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أى العمل الخبيث المستقذر وقيل الشك. والرجس أيضا العذاب. وسميت الأصنام رجسا لانها سبب الرجس وهو العذاب (قوله فيه شدة مطربة[1]) الطرب خفة تعترى الانسان من شدة فرح أوحزن قال فى الطرب بمعنى الحزن شعر

وقالوا قد بكيت فقلت كلا * وهل يبكى من الطرب الجليد

وقال فى معنى الفرح

ياديار الزهو والطرب * ومغانى اللهو واللعب

(قوله ماأسكر الفرق منه) الفرق باسكان الراء مائة وعشرون رطلا و بفتحها ستة عشر رطلا. وقال ثعلب الفرق بفتح الراء اثناعشر مدا ولاتقل فرق بالاسكان . وقال الزمخشرى هما لغتان والفتح أعلى (قوله وهنت) يقال وهن الانسان ووهنه غيره يتعدى ولايتعدى ووهن أيضا بالكسر وهنا أى ضعف

---

(١) هذه القولة لاتوجد لها مناسبة هنا

فعد أربعين وقال جلد رسول الله ﷺ فى الخمر أربعين وأبو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنة وان كان عبدا جلد عشرين لانه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف من الحر كحد الزنا فان رأى الامام أن يبلغ بحد الحر ثمانين وبحد العبد أربعين جاز لما روى أبو وبرة الكلبى قال أرسلنى خالد بن الوليد الى عمر رضى الله عنه فأتيته ومعه عثمان وعبد الرحمن بن عوف وعلى وطلحة والزبير رضى الله عنهم فقلت ان خالد بن الوليد رضى الله عنه يقرأ عليك السلام ويقول ان الناس قد انهمكوا فى الخمر وتحاقروا العقوبة فيه فقال عمر هم هؤلاء عندك فسلهم فقال على عليه السلام تراه اذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون فقال عمر بلغ صاحبك ماقال فجلد خالد ثمانين وجلد عمر ثمانين قال وكان عمر اذا أتى بالرجل القوى المنهمك فى الشراب جلده ثمانين واذا أتى بالرجل الضعيف الذى كانت منه الزلة جلده أربعين فان جلده أربعين ومات لم يضمن لان الحق قتله وان جلده ثمانين ومات ضمن نصف الدية لان نصفه حد ونصفه تعزير وسقط النصف بالحد ووجب النصف بالتعزير وان جلد احدى وأربعين فمات ففيه قولان أحدهما أنه يضمن نصف ديته لانه مات من مضمون وغير مضمون فضمن نصف ديته كما لو جرحه واحد جراحة وجرح نفسه جراحات والثانى أنه يضمن جزءا من أحد وأربعين جزءا من الدية لان الاسواط متماثلة فقسطت الدية على عددها وتخالف الجراحات فانها لا تتماثل وقد يموت من جراحة ولا يموت من جراحات ولا يجوز أن يموت من سوط ويعيش من أسواط وان أمر الامام الجلاد أن يضرب فى الخمر ثمانين فجلده احدى وثمانين ومات المضروب فان قلنا ان الدية تقسط على عدد الضرب سقط منها أربعون جزءا لاجل الحد ووجب على الامام أربعون جزءا لاجل التعزير ووجب على الجلاد جزء وان قلنا انه يقسط على عدد الجناية ففيه وجهان أحدهما يسقط نصفها لاجل الحد ويبقى النصف على الامام نصفه وعلى الجلاد نصفه لان الضرب نوعان مضمون وغير مضمون فسقط النصف بما ليس بمضمون ووجب النصف بما هو مضمون والثانى أنه تقسط الدية أثلاثا فسقط ثلثها بالحد وثلثها على الامام وثلثها على الجلاد لان الحد ثلاثة أنواع فجعل لكل نوع الثلث

﴿ فصل ﴾ ويضرب فى حد الخمر بالايدى والنعال وأطراف الثياب على ظاهر النص لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ أتى برجل قد شرب الخمر فقال رسول الله ﷺ اضربوه قال فمنا الضارب بيده ومنا الضارب بنعله ومنا الضارب بثوبه فلما انصرف قال بعض الناس أخزاك الله فقال رسول الله ﷺ لا تقولوا هكذا ولا تعينوا عليه الشيطان ولكن قولوا رحمك الله ولانه لما كان أخف من غيره فى العدد وجب أن يكون أخف من غيره فى الصفة وقال أبو العباس وأبو اسحق يضرب بالسوط ووجهه ماروى أن عليا رضى الله عنه لما أقام الحد على الوليد بن عقبة قال لعبد الله بن جعفر أقم عليه الحد قال فأخذ السوط فجلده حتى انتهى الى أربعين سوطا فقال له أمسك وان قلنا انه يضرب بغير السوط فضرب بالسوط أربعين سوطا فمات ضمن لانه تعدى بالضرب بالسوط وكم يضمن فيه وجهان أحدهما انه يضمن بقدر مازاد ألمه على ألم النعال والثانى أنه يضمن جميع الدية لانه عدل من جنس الى غيره فأشبه اذا ضرب به بما يجرح فمات منه

﴿ فصل ﴾ والسوط الذى يضرب به سوط بين سوطين ولا يمد ولا يجرد ولا تشديد لما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال ليس فى هذه الامة مد ولا تجريد ولا غل ولا صفد

﴿ فصل ﴾ ولا يقام الحد فى المسجد لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى ﷺ نهى عن اقامة الحد فى المسجد ولانه لا يؤمن أن يشق الجلد بالضرب فيسيل منه الدم أو يحدث من شدة الضرب فينجس المسجد وان أقيم الحد فى المسجد سقط الفرض

(قوله انهمكوا فى الخمر وتحاقروا العقوبة) أى لجوا فيها يقال انهمك الرجل فى الامر أى جد ولج، وكذلك تهمك. وتحاقروا العقوبة أى رأوها حقيرة صغيرة وحقره واستحقره استصغره، والحقير الصغير (قوله اذا سكر هذى) أى تكلم بالهذيان وهو مالا حقيقة له من الكلام يقال هذى يهذى ويهذو (قوله افترى) أى كذب والفرية الكذب والمفترى الكاذب وأصله الخلق فرى الاديم خلقه قال الله تعالى وتخلقون افكا أى تتقولون وتفترون كذبا (قوله أخزاك الله) أى أذلك وأهانك يقال خزى يخزى خزيا أى ذل وهان. والخزى فى القرآن بمعنى الذل فى قوله تعالى «لهم فى الدنيا خزى» وبمعنى الهلاك فى قوله تعالى «من قبل أن نذل ونخزى» أى نهلك

لان النهى لمعنى يرجع الى المسجد لا الى الحد فلم يمنع صحته كالصلاة فى الارض المغصوبة

﴿ فصل ﴾ اذا زنى دفعات حد للجميع حدا واحدا وكذلك ان سرق دفعات أو شرب الخمر دفعات حد للجميع حدا واحدا لان سببها واحد فتداخلت وان اجتمعت عليه حدود بأسباب بأن زنى وسرق وشرب الخمر وقذف لم تتداخل لانها حدود وجبت بأسباب فلم تتداخل وان اجتمع عليه الجلد فى حد الزنا والقطع فى السرقة أو فى قطع الطريق قدم حد الزنا تقدم الزنا أو تأخر لانه أخف من القطع فاذا تقدم أمكن استيفاء القطع بعده واذا قدم القطع لم يؤمن أن يموت منه فيبطل حد الزنا وان اجتمع عليه مع ذلك حد الشرب أو حد القذف قدم حد الشرب وحد القذف على حد الزنا لانهما أخف منه وأمكن للاستيفاء وان اجتمع حد الشرب وحد القذف ففيه وجهان أحدهما أنه يقدم حد القذف لانه للآدمى والثانى أنه يقدم حد الشرب وهو الصحيح لانه أخف من حد القذف فاذا أقيم عليه حد لم يقم عليه حد آخر حتى يبرأ من الاول لانه اذا توالى عليه حدان لم يؤمن أن يتلف وان اجتمع عليه حد السرقة والقطع فى قطع الطريق قطعت يمينه للسرقة وقطع الطريق ثم تقطع رجله لقطع الطريق وهل تجوز الموالاة بينهما فيه وجهان أحدهما أنه تجوز لان قطع الرجل مع قطع اليد حد واحد فجاز الموالاة بينهما والثانى أنه لا يجوز قطع الرجل حتى تندمل اليد لان قطع الرجل لقطع الطريق وقطع اليد للسرقة فهما سببان مختلفان فلا يوالى بين حديهما والأول أصح لان اليد تقطع لقطع الطريق أيضا فأشبه اذا قطع الطريق ولم يسرق وان كان مع هذه الحدود قتل فان كان فى غير المحاربة أقيمت الحدود على ما ذكرناه من الترتيب والتفريق بينها فاذا فرغ من الحدود قتل وان كان القتل فى المحاربة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق أنه يوالى بين الجميع والفرق بينه وبين القتل فى غير المحاربة أن القتل فى غير المحاربة غير متحتم وربما عفى عنه فتسلم نفسه والقتل فى المحاربة متحتم فلا معنى لترك الموالاة والوجه الثانى أنه لا يوالى بينهما لانه لا يؤمن اذا والى بين الحدين أن يموت فى الثانى فيسقط ما بقى من الحدود

﴿ باب التعزير ﴾

من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة كمباشرة الأجنبية فيما دون الفرج وسرقة ما دون النصاب أو السرقة من غير حرز أو القذف بغير الزنا أو الجناية التى لا قصاص فيها وما أشبه ذلك من المعاصى عزر على حسب ما يراه السلطان لما روى عبد الملك بن عمير قال سئل على كرم الله وجهه عن قول الرجل للرجل يا فاسق يا خبيث قال هن فواحش فيهن التعزير وليس فيهن حد وروى عن ابن عباس أنه لما خرج من البصرة استخلف أبا الاسود الديلى فأتى بلص نقب حرزا على قوم فوجدوه فى النقب فقال مسكين أراد أن يسرق فأعجلتموه فضربه خمسة وعشرين سوطا وخلى عنه ولا يبلغ بالتعزير أدنى الحدود فان كان على حر لم يبلغ به أربعين وان كان على عبد لم يبلغ به عشرين لما روى أن النبى ﷺ قال من بلغ بما ليس بحد حدا فهو من المعتدين وروى عن عمر رضى الله أنه كتب الى أبى موسى لا تبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطا وروى عنه ثلاثين سوطا وروى عنه ما بين الثلاثين الى الاربعين سوطا ولأن هذه المعاصى دون ما يجب فيه الحد فلا تلحق بما يجب فيها الحد من العقوبة وان رأى السلطان ترك التعزير جاز تركه اذا لم يتعلق به حق آدمى لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم الا فى الحدود وروى عبد الله بن الزبير أن رجلا خاصم الزبير عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شراج الحرة الذى يسقون به النخل فقال رسول الله

﴿ ومن باب التعزير ﴾

التعزير التأديب والاهانة والتعزير أيضا التعظيم ومنه قوله عز وجل «وتعزروه وتوقروه» وهو من الاضداد (قوله كمباشرة الاجنبية) وكذا المباشرة فى مواضع كثيرة من الكتاب هو الصاق بشرة الرجل ببشرة المرأة والبشرة ظاهر الجلد (قوله فهو من المعتدين) المعتدى هو الذى يجاوز حده وفعل ما لا يجوز فعله (قوله لا تبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطا) النكال ههنا العقوبة التى تنكل عن فعل جعلت له جزاء أى تمنع عن معاودة فعله وقوله تعالى «فجعلناها نكالا لما بين يديها» أى لمن يأتى بعدها فيتعظ بها فتمنعه عن فعل مثلها. وسمى اللجام نكالا لانه يمنع الفرس وسمى القيد نكلا لانه يمنع المحبوس قال الله تعالى «ان لدينا أنكالا وجحيما» أى قيودا (قوله أقيلوا ذوى الهيآت) الهيئة الشارة يقال فلان حسن الهيئة والهيئة وأراد ذوى المروآت والأحساب (قوله شراج الحرة) هى مسايل الماء من بين الحجارة الى السهل وقد ذكر

ﷺ للزبير اسق أرضك الماء ثم أرسل الماء الى جارك فغضب الانصارى فقال يارسول الله وأن كان ابن عمتك فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يازبير اسق أرضك الماء ثم احبس الماء حتى يرجع الى الجدر فقال الزبير فوالله انى لاحسب هذه الآية نزلت فى ذلك فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ولو لم يجز ترك التعزير لعزره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ماقال

﴿ فصل ﴾ وان عزر الامام رجلا فمات وجب ضمانه لما روى عمرو بن سعيد عن علي كرم الله وجهه أنه قال مامن رجل أقمت عليه حدا فمات فأجد فى نفسى أنه لا دية له الا شارب الخمر فانه لو مات وديته لأن النبي ﷺ لم يسنه ولا يجوز أن يكون المراد به اذا مات من الحد فان النبي ﷺ حد فى الخمر فثبت أنه أراد من الزيادة على الاربعين ولانه ضرب جعل الى اجتهاده فاذا أدى الى التلف ضمن كضرب الزوج زوجته

﴿ فصل ﴾ وان كان على رأس بالغ عاقل سلعة لم يجز قطعها بغير اذنه فان قطعها قاطع باذنه فمات لم يضمن لانه قطع باذنه وان قطعها بغير اذنه فمات وجب عليه القصاص لأنه تعدى بالقطع وان كانت على رأس صبي أو مجنون لم يجز قطعها لانه جرح لا يؤمن معه الهلاك فان قطعت فمات منه نظرت فان كان القاطع لا ولاية له عليه وجب عليه القود لانها جناية يعدى بها وان كان أبا أو جدا وجبت عليه الدية وان كان وليا غيرهما ففيه قولان أحدهما أنه يجب عليه القود لانه قطع منه مالا يجوز قطعه والثانى أنه لا يجب القود لأنه لم يقصد القتل وانما قصد المصلحة فعلى هذا يجب عليه دية مغلظة لأنها عمد خطأ والله التوفيق

كتاب الاقضية

﴿ باب ولاية القضاء وأدب القاضى ﴾

القضاء فرض على الكفاية والدليل عليه قوله عزوجل ياداود انا جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق وقوله عزوجل ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل وقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولأن النبي صلى الله عليه وسلم حكم بين الناس وبعث عليا كرم الله وجهه الى اليمن للقضاء بين الناس ولأن الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم حكموا بين الناس وبعث عمر رضى الله عنه أباموسى الأشعرى الى البصرة قاضيا وبعث عبد الله بن مسعود الى الكوفة قاضيا ولأن الظلم فى الطباع فلابد من حاكم ينصف المظلوم من الظالم فان لم يكن من يصلح للقضاء الا واحد تعين عليه ويلزمه طلبه واذا امتنع أجبر عليه لأن الكفاية لا تحصل الا به فان كان هناك من يصلح له غيره نظرت

(قوله فيما شجر بينهم) أى فيما وقع فيه خلاف بينهم. يقال اشتجر القوم وتشاجروا اذا اختلفوا واختصموا وتنازعوا وقد ذكر أيضا (قوله فأجد فى نفسى) فيه حذف واختصار أى فأجد فى نفسى منه شكا ويحصل فى صدرى منه ارتياب وهذا يشبه قوله عليه السلام الاثم ماحاك فى صدرك . والسلعة ذكرت

﴿ ومن كتاب الاقضية ﴾

قال ابن الاعرابى القضاء فى اللغة احكام الشيء وامضاؤه والفراغ منه وهو قوله تعالى «ثم اقضوا الى» أى افرغوا من أمركم وأمضوا مافى أنفسكم وأصله قضاى لانه من قضيت لان الياء لما جاءت بعد الالف أبدلت همزة. والجمع الاقضية والقضية مثلها وجمعها قضايا على فعالى وأصله فعائل. وقضى أى حكم قال الله تعالى «وقضى ربك ألا تعبدوا الا اياه» وقضى فى القرآن واللغة يأتى على وجوه تتقارب معانيها ومرجعها كلها الى انقطاع الشيء وتمامه والفراغ منه منها قوله تعالى «فقضاهن سبع سموات» أراد قطعهن وأحكم خلقهن وفرغ منهن وقوله تعالى «فلما قضى ولوا الى قومهم» أى فرغ من تلاوته وقوله تعالى «ولولا أجل مسمى لقضى بينهم» لفصل الحكم وقطع وقال أبو ذؤيب

وعليهما مسرودتان قضاهما * داود أو صنع السوابغ تبع

أى صنعهما وأحكم صنعتهما

فان كان خاملا واذا ولى القضاء انتشر علمه استحب أن يطلبه لما يحصل به من المنفعة بنشر العلم وان كان مشهورا فان كانت له كفاية كره له الدخول فيه لما روى أن النبي ﷺ قال من استقضى فكأنما ذبح بغير سكين ولأنه يلزمه بالقضاء حفظ الأمانات وربما عجز عنه وقصر فيه فكره له الدخول فيه وان كان فقيرا يرجو بالقضاء كفاية من بيت المال لم يكره له الدخول فيه لأنه يكتسب كفاية بسبب مباح وان كان جماعة يصلحون للقضاء اختار الامام أفضلهم وأورعهم وقلده فان اختار غيره جاز لأنه تحصل به الكفاية وان امتنعوا من الدخول فيه أثموا لأنه حق وجب عليهم فأثموا بتركه كالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وهل يجوز للامام أن يجبر واحدا منهم على الدخول فيه أم لا فيه وجهان أحدهما أنه ليس له اجباره لأنه فرض على الكفاية فلو أجبرناه عليه تعين عليه والثانى أن له اجباره لأنه اذا لم يجبر بقى الناس بلا قاض وضاعت الحقوق وذلك لا يجوز

﴿ فصل ﴾ ومن تعين عليه القضاء وهو فى كفاية لم يجز أن يأخذ عليه رزقا لأنه فرض تعين عليه فلا يجوز أن يأخذ عليه مالا من غير ضرورة فان لم يكن له كفاية فله أن يأخذ الرزق عليه لأن القضاء لا بد منه والكفاية لا بد منها فجاز أن يأخذ عليه الرزق فان لم يتعين عليه فان كانت له كفاية كره أن يأخذ عليه الرزق لأنه قربة فكره أخذ الرزق عليها من غير حاجة فان أخذ جاز لأنه لم يتعين عليه وان لم يكن له كفاية لم يكره أن يأخذ عليه الرزق لأن أبا بكر الصديق رضى الله عنه لما ولى خرج برزمة الى السوق فقيل ما هذا فقال أنا كاسب أهلى فأجروا له كل يوم درهمين وعن عمر رضى الله عنه أنه قال أنزلت نفسى من هذا المال بمنزلة ولى اليتيم ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف وبعث عمر رضى الله عنه الى الكوفة عمار بن ياسر واليا وعبد الله بن مسعود قاضيا وعثمان بن حنيف ماسحا وفرض لهم كل يوم شاة نصفها وأطرافها لعمار والنصف الآخر بين عبد الله وعثمان ولأنه لما جاز للعامل على الصدقات أن يأخذ العمالة جاز للقاضى أن يأخذ على القضاء ويدفع اليه مع رزقه شىء للقرطاس لأنه يحتاج اليه لكتب المحاضر ويعطى لمن على بابه من الأجراء لأنه يحتاج اليهم لاحضار الخصوم كما يعطى من يحتاج اليه العامل على الصدقات من العرفاء ويكون ذلك من سهم المصالح لأنه من المصالح

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز أن يكون القاضى كافرا ولا فاسقا ولا عبدا ولا صغيرا ولا معتوها لأنه اذا لم يجز أن يكون واحد من هؤلاء شاهدا فلأن لا يجوز أن يكون قاضيا أولى ولا يجوز أن يكون امرأة لقوله ﷺ ما أفلح قوم أسندوا أمرهم الى امرأة ولأنه لا بد للقاضى من مجالسة الرجال من الفقهاء والشهود والخصوم والمرأة ممنوعة من مجالسة الرجال لما يخاف عليهم من الافتتان بها ولا يجوز أن يكون أعمى لأنه لا يعرف الخصوم والشهود وفى الاخرس الذى يفهم الاشارة وجهان كالوجهين فى شهادته ولا يجوز أن يكون جاهلا بطرق الاحكام لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال القضاة ثلاثة قاضيان فى النار وقاض فى الجنة فأما الذى فى الجنة فرجل عرف الحق فحكم به فهو فى الجنة وأما اللذان فى النار فرجل عرف الحق فجار فى حكمه فهو فى النار ورجل قضى للناس على جهل فهو فى النار ولأنه اذا لم يجز أن يفتى الناس وهو لا يلزمهم الحكم فلأن لا يجوز أن لا يقضى بينهم وهو يلزمهم الحكم أولى ويكره أن يكون القاضى جبارا عسوفا وأن يكون ضعيفا مهينا لان الجبار يهابه الخصم فلا يتمكن من استيفاء حجته والضعيف يطمع فيه الخصم ويتسلط عليه ولهذا قال بعض السلف وجدنا هذا الامر لا يصلحه الا شدة من غير عنف ولين من غير ضعف

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز ولاية القضاء الا بتولية الامام أو تولية من فوض اليه الامام لانه من المصالح العظام فلا يجوز الا من جهة

(قوله فان كان خاملا) الخامل الساقط الذى لا نباهة له وقد خمل يخمل خمولا وأخملته أنا (قوله من استقضى فكأنما ذبح بغير سكين) قال فى الشامل لم يخرج مخرج الذم للقضاء وانما وصفه بالمشقة فكأن من قلده فقد حمل على نفسه مشقة كمشقة الذبح. والمعتوه الناقص العقل وقد ذكر فى الوصايا (قوله وقلده) هو من القلادة التى تكون فى العنق (قوله برزمة الى السوق) الرزمة الكارة من الثياب وقد رزمها ترزيما أى شد رزمها (قوله جبارا) قيل الجبار الذى يقتل على الغضب وقيل هو ذو السطوة والقهر ومنه يقال جبرته على كذا وأجبرته اذا أكرهته عليه وقهرته ومنه جبر العظم لانه كالاكراه على الاصلاح (قوله عسوفا) أى ظلوما والعسف الظلم وأصل العسف الأخذ على غير الطريق ومثله التعسف والاعتساف (قوله مهينا) أى حقيرا وفسر قوله تعالى من ماء مهين أى حقير. وقال الفراء المهين العاجز وأراد بالضعيف ضعيف الرأى والتدبير لا ضعيف الجسم (قوله من غير عنف) العنف

الامام فان تحاكم رجلان الى من يصلح أن يكون حاكما ليحكم بينهما جاز لانه تحاكم عمر وأبي بن كعب الى زيد بن ثابت وتحاكم عثمان وطلحة الى جبير بن مطعم واختلف قوله فى الذى يلزم بحكمه فقال فى أحد القولين لا يلزم الحكم الا بتراضيهما بعد الحكم وهو قول المزنى رحمه الله تعالى لانا لو ألزمناهما حكمه كان ذلك عزلا للقضاة وافتياتا على الامام ولانه لما اعتبر تراضيهما فى الحكم اعتبر رضاهما فى لزوم الحكم والثانى أنه يلزم بنفس الحكم لان من جاز حكمه لزم حكمه كالقاضى الذى ولاه الامام واختلف أصحابنا فيما يجوز فيه التحكيم فنهم من قال يجوز فى كل ما تحاكم فيه الخصمان كما يجوز حكم القاضى الذى ولاه الامام ومنهم من قال يجوز فى الاموال فأما فى النكاح والقصاص واللعان وحد القذف فلا يجوز فيها التحكيم لانها حقوق بنيت على الاحتياط فلم يجز فيها التحكيم

﴿ فصل ﴾ ويجوز أن يجعل قضاء بلد الى اثنين وأكثر على أن يحكم كل واحد منهم فى موضع ويجوز أن يجعل الى أحدهما القضاء فى حق والى الآخر فى حق آخر والى أحدهما فى زمان والى الآخر فى زمان آخر لانه نيابة عن الامام فكان على حسب الاستنابة وهل يجوز أن يجعل اليهما القضاء فى مكان واحد فى حق واحد وزمان واحد فيه وجهان أحدهما أنه يجوز لانه نيابة فجاز أن يجعل الى اثنين كالوكالة والثانى أنه لا يجوز لانهما قد يختلفان فى الحكم فتقف الحكومة ولا تنقطع الخصومة

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز أن يعقد تقلد القضاء على أن يحكم بمذهب بعينه لقوله عز وجل فاحكم بين الناس بالحق والحق ما دل عليه الدليل وذلك لا يتعين فى مذهب بعينه فان قلد على هذا الشرط بطلت التولية لانه علقها على شرط وقد بطل الشرط فبطلت التولية

﴿ فصل ﴾ واذا ولى القضاء على بلد كتب له العهد بما ولى لان النبى ﷺ كتب لعمرو بن حزم حين بعثه الى اليمن وكتب أبو بكر الصديق رضى الله عنه لانس حين بعثه الى البحرين كتابا وختمه بخاتم رسول الله ﷺ وروى حارثة بن مضرب أن عمر كتب الى أهل الكوفة أما بعد فانى بعثت اليكم عمارا أميرا وعبد الله قاضيا ووزيرا فاسمعوا لهما وأطيعوا فقد آثرتكم بهما فان كان البلد الذى ولاه بعيدا أشهد له على التولية شاهدين ليثبت بهما التولية وان كان قريبا بحيث يتصل به الخبر فى التولية ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحاق أنه يجب الاشهاد لانه عقد فلا يثبت بالاستفاضة كالبيع والثانى وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه لا يجب الاشهاد لانه يثبت بالاستفاضة فلا يفتقر الى الاشهاد والمستحب للقاضى أن يسأل عن أمناء البلد ومن فيه من العلماء لانه لا بد له منهم فاستحب تقدم العلم بهم والمستحب أن يدخل البلد يوم الاثنين لان النبى صلى الله عليه وسلم دخل المدينة يوم الاثنين والمستحب أن ينزل وسط البلد ليتساوى الناس كلهم فى القرب منه ويجمع الناس ويقرأ عليهم العهد ليعلموا التولية وما فوض اليه

﴿ فصل ﴾ فاذا أذن له من ولاه أن يستخلف فله أن يستخلف وان نهاه عن الاستخلاف لم يجز له أن يستخلف لانه نائب عنه فتبع أمره ونهيه وان لم يأذن له ولم ينهه نظرت فان كان ما تقلده يقدر أن يقضى فيه بنفسه ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه يجوز أن يستخلف لانه ينظر فى المصالح فجاز أن ينظر بنفسه وبغيره والثانى وهو المذهب أنه لا يجوز لأن الذى

ضد الرفق يقال عنف عليه وعنف به أيضا (قوله بنيت على الاحتياط) الاحتياط على الشىء الاحداق به من جميع جهاته ومنه سمى الحائط وأصلها الحفظ حاطه يحوطه أى حفظه والمعنى أن يحكم باليقين والقطع من غير تخمين ويأخذ بالثقة فى أموره وأحكامه (قوله كتب له العهد) أصل العهد الوصية وقد عهدت اليه أى أوصيته ومنه اشتق العهد الذى يكتب للولاة قال الله تعالى «ولقد عهدنا الى آدم من قبل فنسى» أى أوصيناه أن لا يأكل من الشجرة فنسى. والعهد اليمين من قوله على عهد والعهد من قولك عهدته بمكان كذا (قوله قاضيا ووزيرا) الوزير مشتق من الوزر وهو الجبل والملجأ كأنه يستند اليه فى الامور قال الله تعالى «كلا لا وزر» أى لا ملجأ وقيل بل هو مشتق من الوزر وهو الثقل كأنه يحمل أثقال أموره وأعباءه. والوزر هو الحمل المثقل للظهر من قوله تعالى «ووضعنا عنك وزرك الذى أنقض ظهرك» (قوله فقد آثرتكم بهما) قيل فضلتكم بهما وقيل اخترتكم والمراد ههنا خصصتكم بهما دون غيركم يقال استأثر فلان بكذا أى خص به دون غيره وانفرد به. قال الشاعر

استأثر الله بالبقاء وبالعد ۞ ل وولى الملامة الرجلا

ولاما لم يرض بنظر غيره وان كان ما ولاه لا يقدر أن يقضي فيه بنفسه لكثرته جاز أن يستخلف فيما لا يقدر عليه لأن تقليده لما لا يقدر عليه بنفسه اذن له في الاستخلاف فيما لا يقدر عليه كما أن توكيل الوكيل فيما لا يقدر عليه بنفسه اذن له في استنابة غيره وهل له أن يستخلف فيما يقدر عليه أن يقضي فيه بنفسه فيه وجهان أحدهما أن له ذلك لأن ما جاز له أن يستخلف في البعض جاز أن يستخلف في الجميع كالامام والثاني أنه لا يجوز لأنه انما أجيز له أن يستخلف فيما لا يقدر عليه للعجز فوجب أن يكون مقصورا على ما عجز عنه

﴿فصل﴾ ولا يجوز أن يقضي ولا يولي ولا يسمع البينة ولا يكاتب قاضيا في حكم في غير عمله فان فعل شيئا من ذلك في غير عمله لم يعتد به لأنه لا ولاية له في غير عمله فكان حكمه فيما ذكرناه حكم الرعية

﴿فصل﴾ ولا يحكم لنفسه وان اتفقت له حكومة مع خصم تحاكما فيها الى خليفة له لان عمر بن الخطاب رضي الله عنه تحاكم مع أبي بن كعب الى زيد بن ثابت وتحاكم عثمان رضي الله عنه مع طلحة الى جبير بن مطعم وتحاكم علي عليه السلام مع يهودي في درع الى شريح ولأنه لا يجوز أن يكون شاهدا لنفسه فلا يجوز أن يكون حاكما لنفسه ولا يجوز أن يحكم لوالده وان علا ولا لولده وان سفل وقال أبو ثور يجوز وهذا خطأ لأنه متهم في الحكم لهما كما يتهم في الحكم لنفسه وان تحاكم اليه والده مع ولده فحكم لأحدهما فقد قال بعض أصحابنا انه يحتمل وجهين أحدهما أنه لا يجوز كما لا يجوز اذا حكم له مع أجنبي والثاني أنه يجوز لأنهما استويا في التعصيب فارتفعت عنه تهمة الميل وان أراد أن يستخلف في أعماله والده وولده جاز لأنهما يجريان مجرى نفسه ثم يجوز أن يحكم في أعماله فجاز أن يستخلفهما للحكم في أعماله وأما اذا فوض الامام الى رجل أن يختار قاضيا لم يجز أن يختار والده أو ولده لأنه لا يجوز أن يختار نفسه فلا يجوز أن يختار والده أو ولده

﴿فصل﴾ ولا يجوز أن يرتشي على الحكم لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم ولأنه أخذ مال على حرام فكان حراما كمهر البغي ولا يقبل هدية ممن لم يكن له عادة أن يهدي اليه قبل الولاية لما روى أبو حميد الساعدي قال استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من بني أسد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي الي فقام النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر فقال ما بال العامل نبعثه على بعض أعمالنا فيقول هذا لكم وهذا أهدي الي ألا جلس في بيت أبيه أو أمه فينظر أيهدى اليه أم لا والذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منها شيئا الا جاء يوم القيامة يحمله على رقبته فدل على أن ما أهدي اليه بعد الولاية لا يجوز قبوله وأما من كانت له عادة بأن يهدي اليه قبل الولاية برحم أو مودة فانه ان كانت له في الحال حكومة لم يجز قبولها منه لأنه لا يأخذ في حال يتهم فيه وان لم يكن له حكومة فان كان أكثر مما كان يهدي اليه أو أرفع منه لم يجز له قبولها لأن الزيادة حدثت بالولاية وان لم يكن أكثر ولا أرفع مما كان يهدي اليه جاز قبولها لخروجها عن سبب الولاية والأولى أن لا يقبل لجواز أن يكون قد أهدي اليه لحكومة منتظرة

﴿فصل﴾ ويجوز أن يحضر الولائم لأن الاجابة الى وليمة غير العرس مستحبة وفي وليمة العرس وجهان أحدهما أنها فرض على الاعيان والثاني أنها فرض على الكفاية ولا يخص في الاجابة قوما دون قوم لان في تخصيص بعضهم ميلا وتركا للعدل فان كثرت عليه وقطعته عن الحكم ترك الحضور في حق الجميع لان الاجابة الى الوليمة اما أن تكون سنة أو فرضا على الكفاية أو فرضا على الاعيان الا أنه لا يستضر بتركها جميع المسلمين والقضاء فرض عليه ويستضر بتركه جميع المسلمين فوجب تقديم القضاء

﴿فصل﴾ ويجوز أن يعود المرضى ويشهد الجنائز ويأتي مقدم الغائب لقوله ﷺ عائد المريض في مخرف من مخارف الجنة حتى يرجع وعاد النبي ﷺ سعدا وجابرا وعاد غلاما يهوديا في جواره وعرض عليه الاسلام فأجاب وكان يصلي على الجنائز فان كثرت عليه أتى من ذلك ما لا يقطعه عن الحكم والفرق بينه وبين حضور الولائم حيث قلنا أنها اذا كثرت عليه ترك الجميع

أي تفرد بالبقاء جل وعز (قوله ابن اللتبية) بضم اللام واسكان التاء منسوب الى بني لتب وهم حي من أزد (قوله عائد المريض في مخرف من مخارف الجنة) المخرف بالفتح البستان قال الاصمعي واحد المخارف مخرف وهو جنس النخل. سمي بذلك لانه يخرف أي يجنى

أن الحضور فى الولائم لحق أصحابها فاذا حضر عند بعضهم كان ذلك للميل الى من يحضره والحضور فى هذه الاشياء لطلب الثواب لنفسه فلم يترك ماقدر عليه

﴿فصل﴾ ويكره أن يباشر البيع والشراء بنفسه لما روى أبو الاسود المالكى عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال ماعدل وال اتجر فى رعيته أبدا وقال شريح شرط علىّ عمر رضى الله عنه حين ولانى القضاء أن لا أبيع ولا أبتاع ولا أرتشى ولا أقضى وأنا غضبان ولانه اذا باشر ذلك بنفسه لم يؤمن أن يحابى فيميل الى من حاباه فان احتاج الى البيع والشراء وكل من ينوب عنه ولا يكون معروفا به فان عرف أنه وكيله استبدل بمن لا يعرف به حتى لا يحابى فتعود المحاباة اليه فان لم يجد من ينوب عنه تولى بنفسه لأنه لابد له منه فاذا وقعت لمن بايعه حكومة استخلف من يحكم بينه وبين خصمه لأنه اذا تولى الحكم بنفسه لم يؤمن أن يميل اليه

﴿فصل﴾ ولا يقضى فى حال الغضب ولا فى حال الجوع والعطش ولا فى حال الحزن والفرح ولا يقضى والنعاس يغلبه ولا يقضى والمرض يقلقه ولا يقضى وهو يدافع الأخبثين ولا يقضى وهو فى حر مزعج ولا فى برد مؤلم لما روى أبو بكرة أن النبى ﷺ قال لا ينبغى للقاضى أن يقضى بين اثنين وهو غضبان وروى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقضى القاضى الا وهو شبعان ريان ولان فى هذه الاحوال يشتغل قلبه فلا يتوفر على الاجتهاد فى الحكم وان حكم فى هذه الاحوال صح حكمه لأن الزبير ورجلا من الانصار اختصما الى رسول الله ﷺ فى شراج الحرة فقال رسول الله ﷺ للزبير اسق زرعك ثم أرسل الماء الى جارك فقال الانصارى وان كان ابن عمتك يارسول الله فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمر وجهه ثم قال للزبير اسق زرعك واحبس الماء حتى يبلغ الجدر ثم أرسله الى جارك فحكم فى حال الغضب

﴿فصل﴾ والمستحب أن يجلس للحكم فى موضع بارز يصل اليه كل أحد ولا يحتجب من غير عذر لما روى أن النبى ﷺ قال من ولى من أمر الناس شيئا فاحتجب دون حاجتهم وفاقتهم احتجب الله دون فاقته وفقره والمستحب أن يكون المجلس فسيحا حتى لا يتأذى بضيقه الخصوم ولا يزاحم فيه الشيخ والعجوز وأن يكون موضعا لا يتأذى فيه بحر أو برد أو دخان أو رائحة منتنة لأن عمر رضى الله عنه كتب الى أبى موسى الاشعرى رضى الله عنه واياك والقلق والضجر وهذه الاشياء تفضى الى الضجر وتمنع الحاكم من التوفر على الاجتهاد وتمنع الخصوم من استيفاء الحجة فان حكم مع هذه الأحوال صح الحكم كما يصح فى حال الغضب ويكره أن يجلس للقضاء فى المسجد لما روى معاذ رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وخصوماتكم وحدودكم وسل سيوفكم وشراءكم وبيعكم ولان الخصومة يحضرها اللغط والسفه فينزه المسجد عن ذلك ولانه قد يكون الخصم جنبا أو حائضا فلا يمكنه المقام فى المسجد للخصومة فان جلس فى المسجد لغير الحكم فحضر خصمان لم يكره أن يحكم بينهما لما روى الحسن البصرى قال دخلت المسجد فرأيت عثمان رضى الله عنه قد ألقى رداءه ونام فأتاه سقاء بقربة ومعه خصم فجلس عثمان وقضى بينهما وان جلس فى البيت لغير الحكم فحضره خصمان لم يكره أن يحكم بينهما لما روت أم سلمة رضى الله عنها قالت اختصم الى رسول الله ﷺ رجلان من الأنصار فى مواريث متقادمة فقضى رسول الله ﷺ بينهما فى بيتى

(قوله لم يؤمن ان يحابى) المحاباة أن يبيع اليه بأقل من ثمن المثل وقد ذكر (قوله والمرض يقلقه) قال الجوهرى القلق الانزعاج يقال بات قلقا وأقلقه غيره (قوله يدافع الأخبثين) تثنية الأخبث وهما البول والغائط ومعناه الخبيثين اى النجسين المستقذرين لكن لفظة أفعل أبلغ وأكثر (قوله فى حر مزعج) أزعجه أى أقلقه من مكانه وانزعج بنفسه. والمزعاج المرأة التى لا تستقر فى مكان. والقلق ضيق الصدر وقلة الصبر (قوله فلا يتوفر على الاجتهاد) اى لا يستوفيه ويتمه. والموفور التام والوفور التمام. والوفر المال الكثير وشراج الحرة قد ذكر (قوله فى موضع بارز) اى ظاهر غير مستور وبرزوا لله الواحد القهار اى ظهروا ولم يسترهم عنه شئ (قوله دون فاقته وفقره) الفاقة الحاجة والفقر ضد الغنى وهما متقاربان (قوله يحضرها اللغط والسفه) هو الصوت والجلبة يقال لغطوا يلغطون لغطا ولغطا ولغاطا. والسفه ههنا التشاتم وذكر المعايب

﴿فصل﴾ وان احتاج الى أجرياء لاحضار الخصوم اتخذ أجرياء أمناء ويوصيهم بالرفق بالخصوم ويكره أن يتخذ حاجبا لانه لايؤمن أن يمنع من له ظلامة أو يقدم خصما على خصم فان دعت الحاجة الى ذلك اتخذ أمينا بعيدا من الطمع ويوصيه بما يلزمه من تقديم من سبق من الخصوم ولا يكره للامام أن يتخذ حاجبا لان يرفا كان حاجب عمر والحسن البصرى كان حاجب عثمان وقنبر كان حاجب علىّ عليه السلام ولان الامام ينظر فى جميع المصالح فتدعوه الحاجة الى أن يجعل لكل مصلحة وقتا لايدخل فيه كل أحد

﴿فصل﴾ ويستحب أن يكون له حبس لان عمر رضى الله عنه اشترى دارا بمكة بأربعة آلاف درهم وجعلها سجنا واتخذ علىّ عليه السلام سجنا وحبس عمر رضى الله عنه الحطيئة الشاعر فقال

ماذا تقول لأفراخ بذى مرخ * حمر الحواصل لا ماء ولا شجر
ألقيت كاسبهم فى قعر مظلمة * فارحم عليك سلام الله يا عمر

فخلاه وحبس عمر آخر فقال

ياعمر الفاروق طال حبسى * ومل منى اخوتى وعرسى
فى حدث لم تقترفه نفسى * والامر أضوا من شعاع الشمس

ولانه يحتاج اليه للتأديب ولاستيفاء الحق من المماطل بالدين ويستحب أن يكون له درة للتأديب لان عمر رضى الله عنه كانت له درة يؤدب بها الناس

﴿فصل﴾ وان احتاج الى كاتب اتخذ كاتبا لان النبى صلى الله عليه وسلم كان له كتاب منهم على بن أبى طالب وزيد بن ثابت رضى الله عنهما ومن شرطه أن يكون عارفا بما يكاتب به القضاة من الاحكام وما يكتبه من المحاضر والسجلات لانه اذا لم يعرف ذلك أفسد ما يكتبه بجهله وهل من شرطه أن يكون مسلما عدلا فيه وجهان أحدهما أن ذلك شرط فلا يجوز أن يكون كافرا لان أبا موسى الأشعرى قدم على عمر رضى الله عنه ومعه كاتب نصرانى فانتهره عمر رضى الله عنه وقال لا تأمنوهم وقد خونهم الله ولا تدنوهم وقد أبعدهم الله ولا تعزوهم وقد أذلهم الله ولان الكافر عدو للمسلمين فلا يؤمن أن يكتب ما يبطل به حقوقهم ولا يجوز أن يكون فاسقا لانه لا يؤمن أن يخون والوجه الثانى أن ذلك يستحب لان ما يكتبه لابد أن يقف عليه القاضى ثم يمضيه فيؤمن فيه من الخيانة

﴿فصل﴾ ولا يتخذ شهودا معينين لا تقبل شهادة غيرهم لان فى ذلك تضييقا على الناس واضرارا بهم فى حفظ حقوقهم ولان شروط الشهادة لا تختص بالمعينين فلم يجز تخصيصهم بالقبول

﴿فصل﴾ ويتخذ قوما من أصحاب المسائل ليتعرف بهم أحوال من جهلت عدالته من الشهود وينبغى أن يكونوا عدولا برآء من الشحناء

(قوله وان احتاج الى أجرياء) الاجرياء جمع جرى مشدد غير مهموز وهو الوكيل والرسول يقال جرى بين الجراية والجراية والجمع أجرياء. وسمى الوكيل جريا لانه يجرى مجرى موكله وفى الحديث قولوا بقولكم ولا يستجرينكم الشيطان. والحاجب مشتق من الحجاب وهو الستر والمنع كأنه يستره ويمنع من الدخول اليه . ويرفا غير مهموز هكذا السماع (قوله الحطيئة) سمى الحطيئة لقصره والحطيئة الرجل القصير. وقال ثعلب سمى الحطيئة لدمامته وقيل انه كان فى صغره يلعب مع الصبيان فضرط فقيل له ماهذا قال حطيئة يريد ضرطة فسمى حطيئة (قوله بذى مرخ) بالخاء اسم موضع بعينه ومن رواه مرج بالجيم فخطئ لان المرج باسكان الراء هو الموضع الذى يكون كثير الماء والشجر وقد قال لاماء ولاشجر فدل على غيره ولا يستقيم وزن البيت من غير تسكين الراء أيضا (قوله

ومل منى اخوتى وعرسى * فى حدث لم تقترفه نفسى)

العرس الزوجة. ولم تقترفه لم تكتسبه والاقتراف الاكتساب . وفلان يقترف لعياله أى يكتسب . فى حدث فى أمر وقع ولم يكن قبل (قوله برآء من الشحناء) الشحناء العداوة وكذلك الشحنة ، وعدو مشاحن. ولعل اشتقاقه من الشحن وهو الملء أى يمتلىء عداوة من قوله تعالى «فى الفلك المشحون» أى المملوء

بينهم و بين الناس بعداء من العصبية فى نسب أومذهب حتى لايحملهم ذلك على جرح عدل أو تزكية غير عدل وأن يكونوا وافرى العقول ليصلوا بوفور عقولهم الى المطلوب ولا يسترسلوا فيسألوا عدوا أوصديقا لان العدو يظهر القبيح و يخفى الجميل والصديق يظهر الجميل و يخفى القبيح وان شهد عنده شاهد نظرت فان علم عدالته قبل شهادته وان علم فسقه لم يقبل شهادته و يعمل فى العدالة والفسق بعلمه وان جهل اسلامه لم يحكم حتى يسأل عن اسلامه ولا يعمل فى اسلامه بظاهر الدار كما يعمل فى اسلام اللقيط بظاهر الدار لان اعرابيا شهد عند النبى ﷺ برؤية الهلال فلم يحكم بشهادته حتى سأل عن اسلامه ولانه يتعلق بشهادته ايجاب حق على غيره فلا يعمل فيه بظاهر الدار و يرجع فى اسلامه الى قوله لان النبى ﷺ رجع الى قول الاعرابى وان جهل حريته ففيه وجهان أحدهما وهو ظاهر النص انها تثبت بقوله لان الظاهر من الدار حرية أهلها كما أن الظاهر من الدار اسلام أهلها ثم يثبت الاسلام بقوله فكذلك الحرية والثانى وهو الاظهر أنها لاتثبت بقوله والفرق بينها و بين الاسلام أنه يملك الاسلام اذا كان كافرا فقبل اقراره به ولا يملك الحرية اذا كان عبدا فلم يقبل اقراره بها وان جهل عدالته لم يحكم حتى تثبت عدالته لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ولا يعلم انه مرضى قبل السؤال وروى سليمان عن حريث قال شهد رجل عند عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال له عمر رضى الله عنه انى لست أعرفك ولا يضرك انى لا أعرفك فأتنى بمن يعرفك فقال رجل أنا أعرفه يا أمير المؤمنين فقال بأى شىء تعرفه قال بالعدالة قال هو جارك الادنى تعرف ليله ونهاره ومدخله ومخرجه قال لا قال فعاملك بالدينار والدرهم اللذين يستدل بهما على الورع قال لا قال فصاحبك فى السفر الذى يستدل به على مكارم الاخلاق قال لا قال لست تعرفه ثم قال للرجل ائتنى بمن يعرفك ولانه لا يؤمن أن يكون فاسقا فلا يحكم بشهادته وان أراد أن يعرف عدالته كتب اسمه ونسبه وحليته وصنعته وسوقه ومسكنه حتى لا يشتبه بغيره و يذكر من يشهد له حتى لا يكون ممن لا تقبل شهادته له من والد أو ولد و يذكر من يشهد عليه حتى لا يكون عدوا لا تقبل شهادته عليه و يذكر قدر مايشهد به لانه قد يكون ممن يقبل قوله فى قليل ولا يقبل قوله فى كثير و يبعثما يكتبه مع أصحاب المسائل و يجتهد أن لا يكون أصحاب المسائل معروفين عند المشهود له حتى لا يحتال فى تعديل الشهود ولا عند المشهود عليه حتى لا يحتال فى جرح الشهود ولا عند الشهود حتى لا يحتالوا فى تعديل أنفسهم ولا عند المسئولين عن الشهود حتى لا يحتال لهم الاعداء فى الجرح ولا الاصدقاء فى التعديل و يجتهد أن لا يعلم أصحاب المسائل بعضهم ببعض فيجمعهم الهوى على التواطؤ على الجرح والتعديل قال الشافعى رحمه الله ولا يقبل الجرح والتعديل الا باثنين ووجهه أنه شهادة فاعتبر فيها العدد واختلف أصحابنا هل يحكم القاضى فى الجرح والتعديل بأصحاب المسائل أو بمن عدل أوجرح من الجيران فقال أبو اسحق يحكم بشهادة الجيران لانهم يشهدون بالجرح والتعديل فعلى هذا يجوز أن يقتصر على قول الوحد من أصحاب المسائل و يجوز بلفظ الخبر و يسمى للحاكم من عدل أوجرح ثم يسمع الشهادة بالتعديل والجرح من الجيران على شرط الشهادة فى العدد ولفظ الشهادة وحمل قول الشافعى رحمه الله فى العدد على الجيران وقال أبو سعيد الاصطخرى يحكم بشهادة أصحاب المسائل وهو ظاهر النص لان الجيران لا يلزمهم الحضور للشهادة بما عندهم فحكم بشهادة أصحاب المسائل فعلى هذا لا يجوز أن يكون أصحاب المسائل أقل من اثنين و يجوز أن يكون من يخبرهم من الجيران واحدا اذا وقع فى نفوسهم صدقه و يجب أن يشهد أصحاب المسائل عند الحاكم على شرط الشهادة فى العدد ولفظ الشهادة وحمل قول الشافعى رحمه الله تعالى فى العدد على أصحاب المسائل وان بعث اثنين فعادا بالجرح

(قوله على جرح عدل أو تزكية غير عدل) الجرح العيب والفساد وجرح الشاهد اظهار معايبه. والعدل أصله من الاستقامة وترك الميل. والعدل أيضا الميل والجور، يقال عدل عن الطريق اذا مال عنها وهو من الأضداد. والتزكية ههنا التطهير من قوله تعالى «خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها» فكأن المزكى يشهد لهم بالطهارة والبراءة من العيوب (قوله وافرى العقول) أى تامى العقول كاملين بالوفر والتمام والكمال (قوله ولا يسترسلوا) استرسل اليه أى انبسط واستأنس به، وأراد ترك التحفظ وأخذ الامر بالحزم والتيقظ (قوله جارك الأدنى) أى الأقرب والدنو القرب ضد البعد (قوله يستدل بهما على الورع) الورع التقى والورع التقى، وقد ورع يرع بالكسر فيهما ورعا ورعة، وتورع من كذا أى تحرج (قوله فيجمعهم الهوى على التواطؤ) أى تحملهم الشهوة على التوافق، واطأه على الأمر أى وافقه

حكم بالجرح وان عادا بالتعديل حكم بالتعديل وان عاد أحدهما بالتعديل وعاد الآخر بالجرح لم يحكم بقول واحد منهما فى جرح ولا تعديل و يبعث ثالثا فان عاد بالجرح كملت بينة الجرح وان عاد بالتعديل كملت بينة التعديل وان شهد اثنان بالجرح واثنان بالتعديل حكم بالجرح لأن شاهدى الجرح يخبران عن أمر باطن وشاهدى العدالة يخبران عن أمر ظاهر فقدم من يخبر بالباطن كالو شهد اثنان بالاسلام وشهد آخران بالردة وان شهد اثنان بالجرح وشهد ثلاثة بالعدالة قدمت بينة الجرح لأن بينة الجرح كملت فقدمت على بينة التعديل ولا يقبل الجرح الامفسرا وهو أن يذكر السبب الذى به جرح ولان الناس يختلفون فيما يفسق به الانسان ولعل من شهد بفسقه شهد على اعتقاده ولحاكم لا يعتقد أن ذلك فسق والجرح والتعديل الى رأى الحاكم فوجب بيانه لينظر فيه ولا يشهد بالجرح من يشهد من الجيران وأهل الخبرة الا أن يعلم الجرح بالمشاهدة فى الافعال كالسرقة وشرب الخمر أو بالسماع فى الاقوال كالشتم والقذف والكذب واظهار ما يعتقده من البدع أو استفاض عنه ذلك بالخبر لأنه شهادة على علم فأما اذا قال بلغنى أو قيل لى انه يفعل أو يقول أو يعتقد لم يجز أن يشهد به لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون قال الشافعى رحمه الله ولا تقبل الشهادة بالتعديل حتى يقول هو عدل علىّ ولى فمن أصحابنا من قال يكفى أن يقول هو عدل وهو قول أبى سعيد الاصطخرى لان قوله عدل يقتضى أنه عدل عليه وله وما ذكره الشافعى رحمه الله تعالى ذكره على سبيل الاستحباب ومنهم من قال لا يقبل حتى يقول عدل لى وعلىّ وهو قول أبى اسحق لأن قوله عدل لا يقتضى العدالة على الاطلاق لأنه قد يكون عدلا فى شئ دون شئ واذا قال عدل علىّ ولى دل على العدالة على الاطلاق

﴿فصل﴾ ولا يقبل التعديل الا ممن تقدمت معرفته وطالت خبرته بالشاهد لأن المقصود معرفة العدالة فى الباطن ولا يعلم ذلك من لم يتقدم به معرفته ويقبل الجرح ممن تقدمت معرفته به وممن لم يتقدم معرفته لأنه لا يشهد فى الجرح الا بما شاهد أو سمع أو استفاض عنه وبذلك يعلم فسقه

﴿فصل﴾ وان شهد مجهول العدالة فقال المشهود عليه هو عدل ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز للحاكم أن يحكم بشهادته لأن البحث عن العدالة لحق المشهود عليه وهو قد شهد له بالعدالة والثانى أنه لا يحكم لان حكمه بشهادته حكم بتعديله وذلك لا يجوز بقول الواحد ولان اعتبار العدالة فى الشاهد حق لله تعالى ولهذا لو رضى المشهود عليه بشهادة الفاسق لم يجز للحاكم أن يحكم بشهادته

﴿فصل﴾ وان ثبت عدالة الشاهد ومضى على ذلك زمان ثم شهد عند الحاكم بحق نظرت فان كان بعد زمان قريب حكم بشهادته ولم يسأل عن عدالته وان كان بعد زمان طويل ففيه وجهان أحدهما أنه يحكم بشهادته لان الاصل بقاء العدالة والثانى وهو قول أبى اسحق أنه لا يحكم بشهادته حتى يعيد السؤال عن عدالته لانه مع طول الزمان يتغير الحال

﴿فصل﴾ وان شهد عنده شهود وارتاب بهم فالمستحب أن يسألهم عن تحمل الشهادة و يفرقهم و يسأل كل واحد منهم على الانفراد عن صفة التحمل ومكانه و زمانه لما روى أن أربعة شهدوا على امرأة بالزنا عند دانيال ففرقهم وسألهم فاختلفوا فدعا عليهم فنزلت عليهم نار من السماء فأحرقتهم وان فرقهم فاختلفوا اسقطت شهادتهم وان اتفقوا وعظهم لما روى أبو حنيفة رحمه الله قال كنت جالسا عند محارب بن دثار وهو قاضى الكوفة فجاءه رجل فادعى على رجل حقا فأنكره فأحضر المدعى شاهدين فشهدا له فقال المشهود عليه والذى تقوم به السموات والارض لقد كذبا علىّ فى الشهادة وكان محارب بن دثار متكئا فاستوى جالسا وقال سمعت ابن عمر يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول ان الطير لتخفق بأجنحتها وترمى بما فى حواصلها من هول يوم القيامة وان شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار فان صدقتما فاثبتا وان كذبتما فغطيا على رؤسكما وانصرفا فغطيا رؤسهما وانصرفا

(قوله وارتاب بهم) أى شك فيهم. والريب والارتياب الشك وكذا الريبة. ودانيال بالدال المهملة وكسر النون وكان ممن أسره بختنصر وحبسه ثم رأى رؤيا ففسرها له فأكرمه وخلاه (قوله ان الطير لتخفق بأجنحتها وترمى بما فى حواصلها) يقال خفق الطائر اذا طار وأخفق اذا ضرب بجناحه. والحوصلة من الطائر بمنزلة الكرش مما يجتر يجمع فيها الطائر الحب، وجمعها حواصل. والتشديد فى اللام لغة فيها (قوله يتبوأ مقعده من النار) أى يلزمه و يقيم فيه وقد ذكر

(فصل) والمستحب أن يحضر مجلسه الفقهاء ليشاورهم فيما يشكل لقوله تعالى وشاورهم فى الامر قال الحسن ان كان رسول الله ﷺ عن مشاورتهم لغنيا ولكن أراد الله تعالى ان يستن بذلك الحكام ولان النبي ﷺ شاور فى أسارى بدر فأشار أبو بكر بالفداء وأشار عمر رضى الله عنه بالقتل وروى عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه ان أبا بكر رضى الله عنه كان اذا نزل به أمر يريد فيه مشاورة أهل الرأى والفقه دعا رجالا من المهاجرين ورجالا من الانصار ودعا عمر وعثمان وعليا وعبد الرحمن بن عوف ومعاذ بن جبل وأبى بن كعب وزيد بن ثابت رضى الله عنهم فمضى أبو بكر على ذلك ثم ولى عمر رضى الله عنه وكان يدعو هؤلاء النفر فان اتفق أمر مشكل شاورهم فيه فان اتضح له الحق حكم به فان لم يتضح أخره الى أن يتضح ولا يقلد غيره لأنه مجتهد فلا يقلد وقال أبو العباس ان ضاق الوقت وخاف الفوت بأن يكون الحكم بين مسافرين وهم على الخروج قلد غيره وحكم كما قال فى القبلة اذا خاف فوت الصلاة وقد بينا ذلك فى كتاب الصلاة وان اجتهد فأداه اجتهاده الى حكم فحكم به ثم بان له أنه أخطأ فان كان ذلك بدليل مقطوع به كالنص والاجماع والقياس الجلى نقض الحكم لقوله تعالى وأن أحكم بينهم بما أنزل الله ولما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال ردوا الجهالات الى السنه وكتب الى أبى موسى لا يمنعك قضاء قضيت به ثم راجعت فيه نفسك فهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فان الحق قديم لا يبطله شئ وان الرجوع الى الحق أولى من التمادى فى الباطل ولأنه مفرط فى حكمه غير معذور فيه فوجب نقضه

(فصل) وان ولى قضاء بلد وكان القاضى قبله لا يصلح للقضاء نقض أحكامه كلها أصاب فيها أو أخطأ لأنه حكم ممن لا يجوز له القضاء فوجب نقضه كالحكم من بعض الرعية وان كان يصلح للقضاء لم يجب عليه أن يتتبع أحكامه لأن الظاهر أنها صحيحة فان أراد أن يتتبعها من غير متظلم فهل يجوز له ذلك أم لا فيه وجهان أحدهما وهو اختيار الشيخ أبى حامد الاسفرايني أنه يجوز لأن فيه احتياطا والثانى أنه لا يجوز لأنه يشتغل بما مضى لا يلزمه عن مستقبل يلزمه وان تظلم منه متظلم فان سأل احضاره لم يحضره حتى يسأله عما بينهما لأنه ربما قصد أن يبتذله ليحلف من غير حق وان قال لى عليه مال من معاملة أو غصب أو اتلاف أو رشوة أخذها منه على حكم أحضره وان قال حكم على بشهادة عبدين أو فاسقين ففيه وجهان أحدهما أنه يحضره كما يحضره اذا ادعى عليه مالا والثانى انه لا يحضره حتى يقيم بينة بما يدعيه لأنه لا تتعذر اقامة البينة على الحكم فان حضر وقال ما حكمت عليه الا بشهادة حرين عدلين فالقول قوله لأنه أمين وهل يحلف فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه لا يحلف لأنه عدل والظاهر أنه صادق والثانى انه يحلف لأنه أمين ادعى عليه خيانة فلم يقبل قوله من غير يمين كالمودع اذا ادعى عليه خيانة فأنكرها وان قال جار على فى الحكم نظرت فان كان ما حكم به مما لا يسوغ فيه الاجتهاد نقضه كما ينقض على نفسه اذا حكم بما لا يسوغ فيه الاجتهاد وان كان مما يسوغ فيه الاجتهاد كثمن الكلب وضمان ما أتلف على الذمى من الخمر لم ينقضه كما لا ينقض على نفسه ما حكم فيه مما يسوغ فيه الاجتهاد لأنا لو نقضنا ما يسوغ فيه الاجتهاد لم يستقر لأحد حق ولا ملك لأنه كلما ولى حاكم نقض ما حكم به من قبله فلا يستقر لأحد حق ولا ملك

(قوله وشاورهم فى الأمر) أصله من شرت العسل اذا استخرجته من الخلية وهى بيت النحل كأنه يستخرج ما عنده من الرأى وقد ذكر (قوله قلد غيره) التقليد فى الفتيا والحكم والقبلة وغيرها مأخوذ من القلادة التى تكون فى العنق كأن العامى يجعل ما يلحقه من عهدة العمل والاثم الذى يعمل فيه بفتوى العالم وقضاء القاضى فى عنق المفتى والقاضى ويتخلص من مأثمه لأن الاعمال توصف بكونها فى الاعناق قال الله تعالى وكل إنسان ألزمناه طائره فى عنقه جاء فى التفسير انه عمله وان اجتهد وبذل الجهد فأخطأ فلا وزر عليه وله أجر وان تعمد الفتوى بغير الحق أو أخطأ ولم يجتهد فى فتواه كان عليه وزره ولا شئ على المستفتى ويدل عليه قوله عليه السلام اذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وان أخطأ فله أجر (قوله أولى من التمادى فى الباطل) التمادى اللجاج فى الشئ والاقامة عليه يقال تمادى فى غيه اذا أقام عليه ولج فى اتباعه (قوله ربما قصد أن يبتذله) الابتذال الامتهان وترك الصون. وثياب البذلة التى تمتهن ولا تصان (قوله يسوغ فيه الاجتهاد) اى يليق ويسهل من قولهم ساغ الطعام اذا سهل مدخله فى الحلق

(فصل) وإذا خرج الى مجلس الحكم فالمستحب له أن يدعو بدعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ما روت أم سلمة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا خرج من بيته يقول اللهم انى أعوذ بك من أن أزل أو أزل أو أضل أو أضل أو أظلم أو أظلم أو أجهل أو يجهل علىّ والمستحب أن يجلس مستقبل القبلة لقوله صلى الله عليه وسلم خير المجالس ما استقبل به القبلة ولأنه قربة فكانت جهة القبلة فيها أولى كالأذان والمستحب أن يقعد وعليه السكينة والوقار من غير جبرية ولا استكبار لما روى أن النبي ﷺ رأى رجلا وهو متكئ على يساره فقال هذه جلسة المغضوب عليهم ويترك بين يديه القمطر مختوما ليترك فيه ما يجتمع من المحاضر والسجلات ويجلس الكاتب بقربه ليشاهد ما يكتبه فان غلط فى شئ رده عليه

(فصل) والمستحب أن يبدأ فى نظره بالمحبسين لأن الحبس عقوبة وعذاب وربما كان فيهم من تجب تخليته فاستحب البداية بهم ويكتب أسماء المحبسين وينادى فى البلدان القاضى يريد النظر فى أمر المحبسين فى يوم كذا فليحضر من له محبوس فاذا حضر الخصوم أخرج خصم كل واحد منهم فان وجب الاطلاق أطلقه وان وجب حبسه أعاده الى الحبس فان قال المحبوس حبست على دين وأنا معسر فان ثبت اعساره أطلق وان لم يثبت اعساره أعيد الى الحبس فان ادعى صاحب الدين أن له دارا وأقام على ذلك البينة فقال المحبوس هى لزيد سئل زيد فان أكذبه بيعت الدار وقضى الدين لأن اقراره سقط باكذابه وان صدقه زيد نظرت فان أقام زيد بينة أن الدار له حكم له بالدار ولم تبع فى الدين لأن له بينة ويدا باقرار المحبوس ولصاحب الدين بينة من غير يد فقدمت بينة زيد وان لم يكن لزيد بينة ففيه وجهان أحدهما انه يحكم بها لزيد ولا تباع فى الدين لأن بينة صاحب الدين بطلت باكذاب المحبوس وبقى اقرار المحبوس بالدار لزيد والثانى انه لا يحكم بها لزيد وتباع فى الدين لأن بينة صاحب الدين شهدت للمحبوس بالملك وله بقضاء الدين من ثمنها فاذا أكذبها المحبوس سقطت البينة فى حقه ولم تسقط فى حق صاحب الدين

(فصل) ثم ينظر فى أمر الأوصياء والأمناء لأنهم يتصرفون فى حق من لا يملك المطالبة بماله وهم الأطفال فاذا ادعى رجل أنه وصى لميت لم يقبل قوله الا ببينة لأن الأصل عدم الوصية فان أقام على ذلك بينة فان كان عدلا قويا أقر على الوصية وان كان فاسقا لم يقر على الوصية لأن الوصية ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية وان كان عدلا ضعيفا ضم اليه غيره ليتقوى به وان أقام بينة أن الحاكم الذى كان قبله أنفذ الوصية اليه أقره ولم يسأل عن عدالته لأن الظاهر أنه لم ينفذ الوصية اليه الا وهو عدل فان كان وصيا فى تفرقة ثلثه فان لم يفرقه فالحكم فى اقراره على الوصية على ما ذكرناه وان كان قد فرقه فان كان عدلا لم يلزمه شئ وان كان فاسقا فان كانت الوصية لمعينين لم يلزمه شئ لأنه دفع الموصى به الى مستحقه وان كانت الوصية لغير معينين ففيه وجهان أحدهما أنه لا يغرم لأنه دفع المال الى مستحقه فأشبه اذا كانت الوصية لمعينين والثانى أنه يغرم ما فرقه لأنه فرق ما لم يكن له تفرقته فغرمه كما لو فرق ما جعل تفرقته الى غيره

(فصل) ثم ينظر فى اللقطة والضوال وأمر الأوقاف العامة وغيرها من المصالح ويقدم الأهم فالأهم لأنه ليس لها مستحق معين فتعين على الحاكم النظر فيها

(باب ما يجب على القاضى فى الخصوم والشهود)

اذا حضر خصوم واحد بعد واحد قدم الأول فالأول لأن الأول سبق الى حق له فقدم على من بعده كما لو سبق الى موضع مباح وان

(قوله وعليه السكينة والوقار) السكينة أصلها من السكون وهو ضد الحركة. والوقار الحلم والرزانة وقد وقر الرجل يقر وقارا وقرة فهو وقور (قوله ويترك بين يديه القمطر) وهو وعاء الكتب وهو الذى يترك فيه المحاضر والسجلات: قال الخليل حرف فى صدرك خير من ألف فى قمطرك. وهو أيضا الرجل القصير. المحاضر والسجلات المحاضر التى يكتب فيها قصة المتحاكمين عند حضورهما مجلس الحكم وما جرى بينهما وما أظهر كل واحد منهما من حجة من غير تنفيذ ولا حكم مقطوع به. والسجلات الكتب التى تجمع المحاضر وتزيد عليها بتنفيذ الحكم وامضائه. وأصل السجل الصحيفة التى فيها الكتاب أى كتاب كان ذكر فى تفسير قوله تعالى كطى السجل للكتاب وقيل هو كاتب للنبى ﷺ. وهو مذكر ويقال عندى ثلاثة سجلات وأربعة سجلات ولا يؤنث لأن المراد به الكتاب وهو مذكر. ولا يقال ثلاث سجلات على لفظه

حضروا فى وقت واحد أوسبق بعضهم وأشكل السابق أقرع بينهم فمن خرجت له القرعة قدم لأنه لا مزية لبعضهم على بعض فوجب التقديم بالقرعة كما قلنا فيمن أراد السفر ببعض نسائه فان ثبت السبق لأحدهم فقدم السابق غيره على نفسه جاز لأن الحق له فجاز أن يؤثر به غيره كما لو سبق الى منزل مباح ولا يقدم السابق فى أكثر من حكومة لأنا لو قدمناه فى أكثر من حكومة استوعب المجلس بدعاويه وأضر بالباقين وان حضر مسافرون ومقيمون فى وقت واحد نظرت فان كان المسافرون قليلا وهم على الخروج قدموا لأن عليهم ضررا فى المقام ولا ضرر على المقيمين وحكى بعض أصحابنا فيه وجها آخر أنهم لا يقدمون الا باذن المقيمين لتساويهم فى الحضور وظاهر النص هو الأول وان كان المسافرون مثل المقيمين أو أكثر لم يجز تقديمهم من غير رضى المقيمين لأن فى تقديمهم اضرارا بالمقيمين والضرر لا يزال بالضرر وان تقدم الى الحاكم اثنان فادعى أحدهما على الآخر حقا فقال المدعى عليه أنا جئت به وأنا المدعى قدم السابق بالدعوى لأن ما يدعيه كل واحد منهما محتمل وللسابق بالدعوى حق السبق فقدم

﴿ فصل ﴾ وعلى الحاكم أن يسوى بين الخصمين فى الدخول والاقبال عليهما والاستماع منهما لما روت أم سلمة رضى الله عنها أن النبى ﷺ قال من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم فى لحظه ولفظه واشارته ومقعده وكتب عمر رضى الله عنه الى أبى موسى الاشعرى آس بين الناس فى وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك ولأنه اذا قدم أحدهما على الآخر فى شىء من ذلك انكسر الآخر ولا يتمكن من استيفاء حجته والمستحب أن يجلس الخصمان بين يديه لما روى عبد الله بن الزبير قال قضى رسول الله ﷺ أن يجلس الخصمان بين يدى القاضى ولأن ذلك أمكن لخطابهما وان كان أحدهما مسلما والآخر ذميا ففيه وجهان أحدهما أنه يسوى بينهما فى المجلس كما يسوى بينهما فى الدخول والاقبال عليهما والاستماع منهما والثانى انه يرفع المسلم على الذمى فى المجلس لما روى أن عليا رضى الله عنه حاكم يهوديا فى درع الى شريح فقام شريح من مجلسه وأجلس عليا كرم الله وجهه فيه فقال على عليه السلام لولا أنى سمعت رسول الله ﷺ يقول لا تسووا بينهم فى المجالس لجلست معه بين يديك ولا يضيف أحدهما دون الآخر لما روى أن رجلا نزل بعلى بن أبى طالب عليه السلام فقال له ألك خصم قال نعم قال تحول عنا فانى سمعت رسول الله ﷺ يقول لا يضيفن أحد الخصمين الا ومعه خصمه ولأن فى اضافة أحدهما اظهار الميل وترك العدل ولا يسار أحدهما ولا يلقنه حجة لما ذكرناه ولا يأمر أحدهما باقرار لأن فيه اضرارا به ولا بانكار لأن فيه اضرارا بخصمه وان ادعى أحدهما دعوى غير صحيحة فهل له أن يلقنه كيف يدعى فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه يجوز لأنه لا ضرر على الآخر فى تصحيح دعواه والثانى أنه لا يجوز لأنه ينكسر قلب الآخر ولا يتمكن من استيفاء حجته وله أن يزن عن أحدهما ما عليه لأن فى ذلك نفعا لهما وله أن يشفع لأحدهما لأن الاجابة الى المشفوع اليه ان شاء شفعه وان شاء لم يشفعه وان مال قلبه الى أحدهما أو أحب أن يفلح أحدهما على خصمه ولم يظهر ذلك منه بقول ولا فعل جاز لأنه لا يمكنه التسوية بينهما فى المحبة والميل بالقلب ولهذا قلنا يلزمه التسوية بين النساء فى القسم ولا يلزمه التسوية بينهن فى المحبة والميل بالقلب

﴿ فصل ﴾ ولا ينتهر خصما لأن ذلك يكسره ويمنعه من استيفاء الحجة وان ظهر من أحدهما لدد أو سوء أدب نهاه

(قوله آس بين الناس) أى أصلح يقال أسوت بينهم أى أصلحت بينهم ويحتمل أن يكون معناه سو بينهم حتى يكون كل واحد منهم اسوة لصاحبه والاسوة القدوة (قوله حتى لا يطمع شريف فى حيفك) أصل الشرف العلو والرفعة مأخوذ من الجبل المشرف وهو العالى. قال الشاعر

يبدو وتضمره البلاد كأنه ۞ سيف على شرف يسل ويغمد

أى موضع عال والشريف من القوم الرفيع المنزلة العالى القدر والحسب (قوله فى حيفك) أى فى جورك والحيف الجور. حاف أى جار قال الله تعالى أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله (قوله يميل اليه طبعه [1]) الطبع والطباع ما ركب فى الانسان من المطعم والمشرب وغيرهما من الاخلاق التى لا تزايلها، يقال فلان كريم الطباع والطبائع وهو اسم مؤنث على فعال نحو مثال ومهاد (قوله أو أحب أن يفلح) أى يغلب يقال فلح خصمه أى غلبه (قوله لدد) اللدد شدة الخصومة يقال رجل ألد بين اللدد، وهو الشديد

---

(١) هذه القولة موجودة بالاصل هنا وليست لها مناسبة

فان عاد زبره وان عاد عزره ولا يزجر شاهدا ولا يتعنته لان ذلك يمنعه من الشهادة على وجهها او يدعوه الى ترك القيام بتحمل الشهادة وأدائها وفي ذلك تضييع للحقوق

﴿ فصل ﴾ فان كان بين نفسين حكومة فدعا أحدهما صاحبه الى مجلس الحكم وجبت عليه اجابته لقوله تعالى انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا فان لم يحضر فاستعدى عليه الحاكم وجب عليه أن يعديه لانه اذا لم يعده أدى ذلك الى ابطال الحقوق فان استدعاه الحاكم فامتنع من الحضور تقدم الى صاحب الشرطة ليحضره وان كان بينه و بين غائب حكومة ولم يكن عليه بينة فاستعدى الحاكم عليه فان كان الغائب في موضع فيه حاكم كتب اليه لينظر بينهما وان لم يكن حاكم وهناك من يتوسط بينهما كتب اليه لينظر بينهما وان لم يكن من ينظر بينهما لم يحضره حتى يحقق الدعوى لانه يجوز أن يكون ما يدعيه ليس بحق عنده كالشفعة للجار وثمن الكلب وقيمة خمر النصراني فلا يكلفه تحمل المشقة للحضور لما لا يقضي به ويخالف الحاضر في البلد حيث قلنا انه يحضر قبل أن يحقق المدعي دعواه لانه لا مشقة عليه في الحضور فان حقق الدعوى على الغائب أحضره لما روي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه كتب الى المهاجر بن أمية أن ابعث الى بقيس بن مكشوح في وثاق فأحلفه خمسين يمينا على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قتل دادويه ولانا لو لم نلزمه الحضور جعل البعد طريقا الى ابطال الحقوق فان استعداه على امرأة فان كانت برزة فهي كالرجل لانها كالرجل في الخروج للحاجات وان كانت غير برزة لم تكلف الحضور بل توكل من يخاطب عنها وان توجهت عليها يمين بعث اليها من يحلفها لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال يا أنيس اغد على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فبعث من يسمع اقرارها ولم يكلفها الحضور

﴿ باب صفة القضاء ﴾

اذا حضر عند القاضي خصمان وادعى أحدهما على الآخر حقا يصح فيه دعواه وسأل القاضي مطالبة الخصم بالخروج من دعواه طالبه وان لم يسأله مطالبة الخصم ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجوز للقاضي مطالبته لان ذلك حق للمدعي فلا يجوز استيفاؤه من غير اذنه والثاني وهو المذهب انه يجوز له مطالبته لان شاهد الحال يدل على الاذن في المطالبة فان طولب لم يخل اما أن يقر أو ينكر أولا يقر ولا ينكر فان أقر لزمه الحق ولا يحكم به الا بمطالبة المدعي لأن الحكم حق له فلا يستوفيه من غير اذنه فان طالبه بالحكم حكم له عليه وان أنكر فان كان المدعي لا يعلم أن له اقامة البينة قال له القاضي ألك بينة وان كان يعلم فله أن يقول ذلك وله أن يسكت وان لم تكن له بينة وكانت الدعوى في غير دم فله أن يحلف المدعى عليه ولا يجوز للقاضي احلافه الا بمطالبة المدعي لأنه حق له فلا يستوفيه من غير اذنه وان أحلفه قبل المطالبة لم يعتد بها لأنها يمين قبل وقتها وللمدعي أن يطالب باعادتها لان اليمين الاولى لم تكن يمينه وان أمسك المدعي عن احلاف المدعى عليه ثم أراد أن يحلفه بالدعوى المتقدمة جاز لانه لم يسقط حقه من اليمين وانما أخرها وان قال أبرأتك من اليمين سقط حقه منها في هذه الدعوى وله أن يستأنف الدعوى لان حقه لم يسقط بالابراء من اليمين فان استأنف الدعوى فأنكر المدعى عليه فله أن يحلفه لان هذه الدعوى غير الدعوى التي أبرأه فيها

الخصومة وقوم لد. قال الله تعالى ألد الخصام وقال وتنذر به قوما لدا. وقال الازهري اللدد التواء الخصم في محاكمته مأخوذ من لديدي الوادي وهما جانباه (قوله فان عاد زبره) الزبر الزجر والمنع يقال زبره يزبره بالضم زبرا اذا انتهره كذا ذكره الجوهري (قوله ولا يتعنته) أي يطلب زلته تقول جاءني فلان متعنتا اذا جاء يطلب زلتك. وأصل العنت المشقة. واستعدى عليه الحاكم أي استعانه يقال استعديت على فلان الامير فأعداني أي استعنت به فأعانني. والاسم منه العدوى وهي المعونة قال الزهير

وانى لتعديني على الهم جسرة * تخب بوصال صروم وتعنق

وصاحب الشرطة يقال أشرط فلان نفسه لامر كذا أي أعلمها وأعدها قال الاصمعي ومنه سمي الشرط لانهم جعلوا لانفسهم علامة يعرفون بها، الواحد شرطة وشرطي. وقال أبو عبيد سموا شرطة لانهم أعدوا (قوله ما قتل دادويه) ذكر القلعي أنه بدالين مهملتين مفتوحتين وتخفيف الياء وتسكينها (قوله فان كانت برزة) أي ظاهرة غير محتجبة وقد ذكر

من اليمين فان حلف سقطت الدعوى لما روى وائل بن حجر أن رجلا من حضرموت ورجلا من كندة أتيا رسول الله ﷺ فقال الحضرمي هذا غلبني على أرض ورثتها من أبي وقال الكندي أرضي وفي يدي أزرعها لا حق له فيها فقال النبي ﷺ شاهداك أو يمينه قال انه لا يتورع عن شيء فقال ليس لك الا ذلك فان امتنع عن اليمين لم يسأل عن سبب امتناعه فان ابتدأ وقال امتنعت لأنظر في الحساب أمهل ثلاثة أيام لانها مدة قريبة ولا يمهل أكثر منها لانها مدة كثيرة فان لم يذكر عذرا لامتناعه جعله ناكلا ولا يقضى عليه بالحق بنكوله لان الحق انما يثبت بالاقرار أو البينة والنكول ليس باقرار ولا بينة فان بذل اليمين بعد النكول لم يسمع لان بنكوله ثبت للمدعي حق وهو اليمين فلم يجز ابطاله عليه فان لم يعلم المدعي أن اليمين صارت اليه قال له القاضي أتحلف وتستحق وان كان يعلم فله أن يقول ذلك وله أن يسكت وان قال أحلف ردت اليمين عليه لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ رد اليمين على صاحب الحق وروى أن المقداد استقرض من عثمان مالا فتحا كما الى عمر فقال المقداد هو أربعة آلاف وقال عثمان سبعة آلاف فقال المقداد لعثمان احلف أنه سبعة آلاف فقال عمر انه أنصفك فلم يحلف عثمان فلما ولى المقداد قال عثمان والله لقد أقرضته سبعة آلاف فقال عمر لم لم تحلف فقال خشيت أن يوافق ذلك به قدر بلاء فيقال بيمينه واختلف قول الشافعي رحمه الله تعالى في نكول المدعى عليه مع يمين المدعي فقال في أحد القولين هما بمنزلة البينة لانه حجة من جهة المدعي وقال في القول الآخر هما بمنزلة الاقرار وهو الصحيح لان النكول صادر من جهة المدعى عليه واليمين ترتب عليه وله فصار كاقراره فان نكل المدعي عن اليمين سئل عن سبب نكوله والفرق بينه وبين المدعى عليه حيث لم يسأل عن سبب نكوله أن بنكول المدعى عليه وجب للمدعي حق في رد اليمين والقضاء له فلم يجز سؤال المدعى عليه وبنكول المدعي لم يجب لغيره حق فيسقط بسؤاله فان سئل فذكر أنه امتنع من اليمين لان له بينة يقيمها وحسابا ينظر فيه فهو على حقه من اليمين ولا يضيق عليه في المدة ويترك ما ترك والفرق بينه وبين المدعى عليه حيث قلنا انه لا يترك أكثر من ثلاثة أيام أن بترك المدعى عليه يتأخر حق المدعي في الحكم ولو بترك المدعي لا يتأخر الا حقه وان قال امتنعت لاني لا أختار أن أحلف حكم بنكوله فان بذل اليمين بعد النكول لم يقبل في هذه الدعوى لانه أسقط حقه منها فان عاد في مجلس آخر واستأنف الدعوى وأنكر المدعى عليه وطلب يمينه حلف فان حلف ترك وان نكل ردت اليمين على المدعي فاذا حلف حكم له لانها يمين في غير الدعوى التي حكم فيها بنكوله فان كان له شاهد واختار أن يحلف المدعى عليه جاز وتنتقل اليمين الى جنبة المدعى عليه فان أراد أن يحلف مع شاهده لم يكن له في هذا المجلس لان اليمين انتقلت عنه الى جنبة غيره فلم تعد اليه فان عاد في مجلس آخر واستأنف الدعوى جاز أن يقيم الشاهد ويحلف معه لأن حكم الدعوى الاولى قد سقط وان حلف المدعى عليه في الدعوى الاولى سقطت عنه المطالبة وان نكل عن اليمين لم يقض عليه بنكوله وشاهد المدعي لان الشاهد معنى تقوى به جنبة المدعي فلم يقض به مع النكول من غير يمين كاللوث في القسامة وهل ترد اليمين على المدعي ليحلف مع الشاهد فيه قولان أحدهما انه لا ترد لانها كانت في جنبته وقد أسقطها وصارت في جنبة غيره فلم تعد اليه كالمدعى عليه اذا نكل عن اليمين فردت الى المدعي فنكل فانها لا ترد على المدعى عليه والقول الثاني وهو الصحيح أنها ترد لان هذه اليمين غير الاولى لان سبب الاولى قوة جنبة المدعي بالشاهد وسبب الثانية قوة جنبته بنكول المدعى عليه واليمين الاولى لا يحكم بها الا في المال وما يقصد به المال والثانية يقضى بها في جميع الحقوق التي تسمع فيها الدعوى فلم يكن سقوط احداهما موجبا لسقوط الأخرى فان قلنا انها لا ترد حبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر لانه تعين عليه ذلك وان قلنا انها ترد حلف مع الشاهد واستحق

﴿ فصل ﴾ وان كانت الدعوى في موضع لا يمكن رد اليمين على المدعي بأن ادعى على رجل دينا وهو مات المدعي ولا وارث له غير

(قوله لا يتورع) لا يتقي. والورع التقوى واجتناب الظلم وقد ذكر (قوله أن يوافق قدر بلاء) القدر ما يقدر على الانسان ويقضى عليه من حكم الله السابق في علمه، يقال قدر وقدر بالفتح والاسكان ، وأنشد الأخفش

ألا يا لقومي للنوائب والقدر * وللأمر يأتي المرء من حيث لا يدري

والبلاء ما يصيب الانسان من الشدة والتعب في النفس والمال (قوله جنبة المدعي) جنبة يعني جانب

المسلمين وأنكر المدعى عليه ونكل عن اليمين ففيه وجهان ذكرهما أبو سعيد الاصطخرى أحدهما أنه يقضى بنكوله لانه لا يمكن رد اليمين على الحاكم لانه لا يجوز أن يحلف عن المسلمين لان اليمين لا تدخلها النيابة ولا يمكن ردها على المسلمين لانهم لا يتعينون فقضى بالنكول لموضع الضرورة والثانى وهو المذهب أنه يحبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر لان الرد لا يمكن لما ذكرناه والقضاء بالنكول لا يجوز لما قدمناه لانه اما أن يكون صادقا فى انكاره فلا ضرر عليه فى اليمين أو كاذبا فيلزمه الاقرار وان ادعى وصى دينا للطفل فى حجره على رجل وأنكر الرجل ونكل عن اليمين وقف الى أن يبلغ الطفل فيحلف لانه لا يمكن رد اليمين على الوصى لان اليمين لا تدخلها النيابة ولا على الطفل فى الحال لأنه لا يصح يمينه فوجب التوقف الى أن يبلغ

﴿فصل﴾ وان كان للمدعى بينة عادلة قدمت على يمين المدعى عليه لانها حجة لا تهمة فيها لانها من جهة غيره واليمين حجة يتهم فيها لانها من جهته ولا يجوز سماع البينة ولا الحكم بها الا بمسألة المدعى لانه حق له فلا يستوفى الا باذنه فان قال المدعى عليه أحلفوه أنه يستحق ما شهدت به البينة لم يحلف لان فى ذلك طعنا فى البينة العادلة وان قال أبرأنى منه فحلفوه انه لم يبرئنى منه أو قضيته فحلفوه انى لم أقضه حلف لانه ليس فى ذلك قدح فى البينة وما يدعيه محتمل فحلف عليه وان كانت البينة غير عادلة قال له القاضى زدنى فى شهودك وان قال المدعى لى بينة غائبة وطلب يمين المدعى عليه أحلف لان الغائبة كالمعدومة لتعذر اقامتها فان حلف المدعى عليه ثم حضرت البينة وطلب سماعها والحكم بها وجب سماعها والحكم بها لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة ولأن البينة كالاقرار ثم يجب الحكم بالاقرار بعد اليمين فكذلك بالبينة وان قال لى بينة حاضرة ولكنى أريد أن أحلفه حلف لانه قد يكون له غرض فى احلافه بأن يتورع عن اليمين فيقر واثبات الحق بالاقرار أقوى وأسهل من اثباته بالبينة وان قال ليس لى بينة حاضرة ولا غائبة أو قال كل بينة تشهد لى فهى كاذبة وطلب احلافه فحلف ثم أقام البينة على الحق ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنها لا تسمع لأنه كذبها بقوله والثانى انه ان كان هو الذى استوثق بالبينة لم تسمع لأنه كذبها وان كان غيره المستوثق بالبينة سمعت لانه لم يعلم بالبينة فرجع قوله لا بينة لى الى ما عنده والثالث انها تسمع بكل حال وهو الصحيح لأنه يجوز أن يكون ما علم وان علم فلعله نسى فرجع قوله لا بينة لى الى ما يعتقده

﴿فصل﴾ وان قال المدعى لى بينة بالحق لم يجز له ملازمة الخصم قبل حضورها لقوله ﷺ شاهداك أو يمينه ليس لك الا ذلك وان شهد له شاهدان عدلان عند الحاكم وهو لا يعلم أن له دفع البينة بالجرح قال له قد شهد عليك فلان وفلان وقد ثبتت عدالتهما عندى وقد أطردتك جرحهما وان كان يعلم فله أن يقول وله أن يسكت فان قال المشهود عليه لى بينة بجرحهما نظر فان لم يأت بها حكم عليه لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال فى كتابه الى أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه واجعل لمن ادعى حقا غائبا أمدا ينتهى اليه فان أحضر بينته أخذت له حقه والا استحللت عليه القضية فانه أنفى للشك وأجلى للعمى ولا ينظر أكثر من ثلاثة أيام لانه كثير وفيه اضرار بالمدعى وان قال لى بينة بالقضاء أو الابراء أمهل ثلاثة أيام فان لم يأت بها حلف المدعى أنه لم يقضه

(قوله ونكل عن اليمين) قيل جبن وهاب الاقدام عليها قال * فلم أنكل عن الضرب مسمعا * أى لم أجبن ولم أمتنع. وقيل نكل امتنع ومنه سمى القيد نكلا لانه يمنع المحبوس (قوله لطفل فى حجره) الحجر بمعنى الحضن وهو ما بين الابط الى الكشح وهو الجنب لانه يحمل هنالك (قوله طعنا فى البينة) طعن فيه بالقول يطعن اذا انتقصه وجرحه (قوله أحق من اليمين الفاجرة) معناه الكاذبة وقد ذكرنا أن الفجر أصله الشق ومنه سمى الفجر. وقيل انه الميل عن القصد فقيل للكاذب فاجر لانه مال عن الصدق. وقيل للمائل عن الخير والعادل عنه فاجر لانه مال عن الرشد (قوله ملازمة الخصم) هو أن يقعد معه حيث قعد ويذهب معه حيث ذهب ولا يفارقه (قوله أطردتك جرحهما) يحتمل معنيين أحدهما أن يكون من الطرد بالتحريك وهو مزاولة الصيد كأنه يزاول جرحه ويختله من حيث لا يعلم، والثانى يحتمل أن يكون معناه الاتباع أى جعلت لك أن تتبعه وتنظر زلاته ومعايبه، من مطاردة الفرسان (قوله أمدا ينتهى اليه) الأمد الغاية كالمدى يقال ما أمدك أى منتهى عمرك (قوله والا استحللت عليه القضية) يحتمل معنيين أحدهما أن يكون من الحلال ضد الحرام أى جعل لك أن تقضى عليه ولم يحرم عليك، والثانى أن يكون من الحلول ضد التأجيل أى قد وجب القضاء عليه وحان حلوله ولم يجز تأجيله (قوله أنفى للشك وأجلى للعمى) أى أوضح وأبين، من جلا لى الخبر أى وضح وبان. والعمى ههنا أراد به عمى القلب والتحير عن الصواب

ولم يبرئه ثم يقضي له لما ذكرناه وله أن يلازمه الى أن يقيم البينة بالجرح أو القضاء لان الحق قد ثبت له في الظاهر وان شهد له شاهدان ولم تثبت عدالتهما في الباطن فسأل المدعي أن يحبس الخصم الى أن يسأل عن عدالة الشهود ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي اسحق وهو ظاهر المذهب انه يحبس لان الظاهر العدالة وعدم الفسق والثاني وهو قول أبي سعيد الاصطخري انه لا يحبس لأن الاصل براءة ذمته وان شهد له شاهد واحد وسأل أن يحبسه الى أن يأتي بشاهد آخر ففيه قولان أحدهما انه يحبس كما يحبس اذا جهل عدالة الشهود والثاني انه لا يحبس وهو الصحيح لأنه لم يأت بتمام البينة ويخالف اذا جهل عدالتهم لان البينة تم عددها والظاهر عدالتها وقال أبو اسحق ان كان الحق مما يقضى فيه بالشاهد واليمين حبس قولا واحدا لان الشاهد الواحد حجة فيه لانه يحلف معه

﴿فصل﴾ واذا علم القاضي عدالة الشاهد أو فسقه عمل بعلمه في قبوله ورده وان علم حال المحكوم فيه نظرت فان كان ذلك في حق الآدمي ففيه قولان أحدهما انه لا يجوز أن يحكم فيه بعلمه لقوله عليه السلام للحضرمي شاهداك أو يمينه ليس لك الا ذلك ولانه لو كان علمه كشهادة اثنين لانعقد النكاح به وحده والثاني وهو الصحيح وهو اختيار المزني رحمه الله أنه يجوز أن يحكم بعلمه لما روى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال لا يمنع أحدكم هيبة الناس أن يقول في حق اذا رآه أو علمه أو سمعه ولانه اذا جاز أن يحكم بما شهد به الشهود وهو من قولهم على ظن فلان يجوز أن يحكم بما سمعه أو رآه وهو على علم أولى وان كان ذلك في حق الله تعالى ففيه طريقان أحدهما وهو قول أبي العباس وأبي على ابن أبي هريرة انها على قولين كحقوق الآدميين والثاني وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يجوز أن يحكم فيه بعلمه قولا واحدا لما روى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال لو رأيت رجلا على حد لم أحده حتى تقوم البينة عندي ولانه مندوب الى ستره ودرئه والدليل عليه قوله ﷺ هلا سترته بثوبك يا هزال فلم يجز الحكم فيه بعلمه

﴿فصل﴾ وان سكت المدعى عليه ولم يقر ولم ينكر قال له الحاكم ان أجبت والا جعلتك ناكلا والمستحب أن يقول له ذلك ثلاثا فان لم يجب جعله ناكلا وحلف المدعي وقضى له لأنه لا يخلو اذا أجاب من أن يقر أو ينكر فان أقر فقد قضى عليه بما يجب على المقر وان أنكر فقد وصل انكاره بالنكول عن اليمين فقضينا عليه بما يجب على المنكر اذا نكل عن اليمين

﴿فصل﴾ واذا تحاكم الى الحاكم أعجمي لا يعرف لسانه لم يقبل في الترجمة الا عدلين لانه اثبات قول يقف الحكم عليه فلم يقبل الا من عدلين كالاقرار وان كان الحق مما يثبت بالشاهد والمرأتين قبل ذلك في الترجمة وان كان مما لا يقبل فيه الا ذكرين لم يقبل في الترجمة الا ذكرين فان كان اقرارا بالزنا ففيه قولان أحدهما انه يثبت بشاهدين والثاني انه لا يثبت الا بأربعة

﴿فصل﴾ وان حضر رجل عند القاضي وادعى على غائب عن البلد أو على حاضر فهرب أو على حاضر في البلد استتر وتعذر احضاره فان لم يكن معه بينة لم يسمع دعواه لان استماعها لا يفيد وان كانت معه بينة سمع دعواه وسمعت بينته لأنا لو لم نسمع جعلت الغيبة والاستتار طريقا الى اسقاط الحقوق التي نصب الحاكم لحفظها ولا يحكم عليه الا أن يحلف المدعي انه لم يبرأ من الحق لأنه يجوز أن يكون قد حدث بعد ثبوته بالبينة ابراء أو قضاء أو حوالة ولهذا لو حضر من عليه الحق وادعى البراءة بشيء من ذلك سمعت دعواه وحلف عليه المدعي فاذا تعذر حضوره وجب على الحاكم أن يحتاط له ويحلف عليه المدعي وان ادعى على حاضر في البلد يمكن احضاره ففيه وجهان أحدهما انه تسمع الدعوى والبينة ويقضى بها بعد ما يحلف المدعي لانه غائب عن مجلس الحكم فجاز القضاء عليه كالغائب عن البلد والمستتر في البلد والثاني أنه لا يجوز سماع البينة عليه ولا الحكم وهو المذهب لانه يمكن سؤاله فلا يجوز القضاء عليه قبل السؤال كالحاضر في مجلس الحكم وان ادعى على ميت سمعت البينة وقضى عليه فان كان له

(قوله هيبة الناس) الهيبة الاجلال والمخافة. وهبت الشيء وتهيبته أي خفته (قوله لم يقبل في الترجمة الا عدلين) يقال ترجم كلامه اذا فسره بلسان آخر ومنه الترجمان والجمع التراجم مثل زعفران وزعافر. ويقال ترجمان ولك أن تضم التاء بضم الجيم فتقول ترجمان مثل سروع وسروع قال « كالترجمان لقي الانباطا » القياس الجلي (١) نقيض الخفي. وجلوت الشيء أظهرته بعد خفائه ولهذا سمي الصبح ابن جلاء لانه يجلو الاشخاص ويظهرها من ظلم الليل

---

(١) كثيرا ما يأتي المقرر بكلمات لا مناسبة لها في المهذب ويشرحها ومنها قوله « القياس الجلي » الخ

وارث كان احلاف المدعى اليه وان لم يكن له وارث فعلى الحاكم أن يحلفه ثم يقضي له وان كان على صبي سمعت البينة وقضى عليه بعدما يحلف المدعي لانه تعذر الرجوع الى جوابه فقضى عليه مع يمين المدعي كالغائب والمستتر وان حكم على الغائب ثم قدم أو على الصبي ثم بلغ كان على حجته في القدح في البينة والمعارضة ببينة يقيمها على القضاء أو الابراء

﴿فصل﴾ و يجوز للقاضي أن يكتب الى القاضي فيما ثبت عنده ليحكم به و يجوز أن يكتب اليه فيما حكم به لينفذه لما روى الضحاك ابن قيس قال كتب الي رسول الله ﷺ ان أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها ولان الحاجة تدعو الى كتاب القاضي الى القاضي فيما ثبت عنده ليحكم به وفيما حكم به لينفذه فان كان الكتاب فيما حكم به جاز قبول ذلك في المسافة القريبة والبعيدة لأن ماحكم به يلزم كل أحد امضاؤه وان كان فيما ثبت عنده لم يجز قبوله اذا كان بينهما مسافة لا تقصر فيها الصلاة لان القاضي الكاتب فيما حل شهود الكتاب كشاهد الأصل والشهود الذين يشهدون بما في الكتاب كشهود الفرع وشاهد الفرع لا يقبل مع قرب شاهد الاصل

﴿فصل﴾ ولا يقبل الكتاب الا أن يشهد به شاهدان وقال أبو ثور يقبل من غير شهادة لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكتب و يعمل بكتبه من غير شهادة وقال أبو سعيد الاصطخري اذا عرف المكتوب اليه خط القاضي الكاتب وختمه جاز قبوله وهذا خطأ لان الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم فلا يؤمن أن يزور على الخط والختم واذا أراد انفاذ الكتاب أحضر شاهدين و يقرأ الكتاب عليهما أو يقرأ غيره وهو يسمعه والمستحب أن ينظر الشاهدان في الكتاب حتى لا يحذف منه شيء وان لم ينظرا جاز لأنهما يؤديان ما سمعا واذا وصلا الى القاضي المكتوب اليه قرآ الكتاب عليه وقالا نشهد ان هذا الكتاب كتاب فلان اليك وسمعناه وأشهدنا انه كتب اليك بما فيه وان لم يقرآ الكتاب ولكنهما سلماه اليه وقالا نشهد انه كتب اليك بهذا لم يجز لانه لا نعرف بما زور الكتاب عليهما وان انكسر ختم الكتاب لم يضر لأن المعول على ما فيه وان امحى بعضه فان كانا يحفظان ما فيه أو معهما نسخة أخرى شهدا وان لم يحفظاه ولا معهما نسخة أخرى لم يشهدا لأنهما لا يعلمان ما امحى منه

﴿فصل﴾ وان مات القاضي الكاتب أو عزل جاز للمكتوب اليه قبول الكتاب والعمل به لانه ان كان الكتاب بما حكم به وجب على كل من بلغه أن ينفذه في كل حال وان كان الكتاب بما ثبت عنده فالكاتب كشاهد الأصل وشهود الكتاب كشاهد الفرع وموت شاهد الاصل لا يمنع من قبول شهادة شهود الفرع وان فسق الكاتب ثم وصل كتابه فان كان ذلك فيما حكم به لم يؤثر فسقه لان الحكم لا يبطل بالفسق الحادث بعده وان كان فيما ثبت عنده لم يجز الحكم به لانه كشاهد الاصل وشاهد الاصل اذا فسق قبل الحكم لم يحكم بشهادة شاهد الفرع وان مات القاضي المكتوب اليه أو عزل أو ولي غيره قبل الكتاب لان المعول على ما حفظه شهود الكتاب وتحملوه ومن تحمل شهادة وجب على كل قاض أن يحكم بشهادته

﴿فصل﴾ فان وصل الكتاب الى المكتوب اليه فحضر الخصم وقال لست فلان بن فلان فالقول قوله مع يمينه لان الاصل أنه لا مطالبة عليه فان أقام المدعي بينة أنه فلان بن فلان فقال أنا فلان بن فلان الا أني غير المحكوم عليه لم يقبل قوله الا أن يقيم البينة ان له من يشاركه في جميع ما وصف به لان الاصل عدم من يشاركه فلم يقبل قوله من غير بينة وان أقام بينة أن له من يشاركه في جميع ما وصف به توقف عن الحكم حتى يعرف من المحكوم عليه منهما واذا حكم المكتوب اليه على المدعى عليه بالحق فقال المحكوم عليه اكتب الى الحاكم الكاتب انك حكمت علي حتى لا يدعى علي ثانيا ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري رحمه الله أنه يلزمه لانه لا يأمن أن يدعي ثانيا و يقيم عليه البينة فيقضي عليه ثانيا والثاني أنه لا يلزمه لان الحاكم انما يكتب ما حكم به أو ثبت عنده والكاتب هو الذي حكم أو ثبت عنده دون المكتوب اليه

﴿فصل﴾ اذا ثبت عند القاضي حق بالاقرار فسأله المقر له أن يشهد على نفسه بما ثبت عنده من الاقرار لزمه ذلك لانه لا يؤمن

(قوله لا يؤمن أن يحرف[1]) تحريف الكلام عن مواضعه تغييره (قوله ختم الكتاب) أي يجعل عليه شيء من شمع أو ماشا كله و يعلم عليه بعلامة من كتاب أو غيره. وأصله عند العرب ختم الدن — وهو وعاء الخمر — بالطين قال الأعشى

وصهباء يطاوف يهوديها ۞ وأبرزها وعليها ختم

---

(١) الموجود في المهذب «فلا يؤمن أن يزور» ولكن المقرر غير يزور يحرف وفسر التحريف

أن ينكر المقر فلزمه الاشهاد ليكون حجة له اذا أنكر وان ثبت عنده الحق بيمين المدعى بعد نكول المدعى عليه فسأله المدعى أن يشهد على نفسه لزمه لانه لا حجة للمدعى غير الاشهاد وان ثبت عنده الحق بالبينة فسأله المدعى الاشهاد ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجب لان له بالحق بينة فلم يلزم القاضى تجديد بينة أخرى والثانى أنه يلزمه لان فى اشهاده على نفسه تعديلا لبينته واثباتا لحقه والزاما لخصمه فان ادعى عليه حقا فأنكره وحلف عليه وسأله الحالف أن يشهد على براءته لزمه ليكون حجة له فى سقوط الدعوى حتى لا يطالبه بالحق مرة أخرى وان سأله أن يكتب له محضرا فى هذه المسائل كلها وهو أن يكتب ما جرى وما ثبت به الحق فان لم يكن عنده قرطاس من بيت المال ولم يأته المحكوم له بقرطاس لم يلزمه أن يكتب لان عليه أن يكتب وليس عليه أن يغرم وان كان عنده قرطاس من بيت المال أو أتاه صاحب الحق بقرطاس فهل يلزمه أن يكتب المحضر فيه وجهان أحدهما أنه يلزمه لانه وثيقة بالحق فلزمه كالاشهاد على نفسه والثانى أنه لا يلزمه لان الحق يثبت باليمين أو بالبينة دون المحضر وان سأله أن يسجل له وهو أن يذكر ما يكتبه فى المحضر ويشهد على انفاذه ويسجل له فهل يلزم ذلك أم لا على ما ذكرناه فى كتب المحضر وما يكتب من المحاضر والسجلات يكتب فى نسختين احداهما تسلم الى المحكوم له والاخرى تكون فى ديوان الحكم فان حضر عند القاضى رجلان لا يعرفهما وحكم بينهما ثم سأل المحكوم له كتب محضر أو سجل كتب حضر الى رجلان قال أحدهما انه فلان بن فلان وقال الآخر انه فلان بن فلان ويحليهما ويذكر ما جرى بينهما ويشهد على ذلك

﴿فصل﴾ وان اجتمعت عنده محاضر وسجلات كتب على كل محضر اسم المتداعيين ويضم ما اجتمع منها فى كل شهر أو فى كل سنة على قدر قلتها وكثرتها وضم بعضها الى بعض ويكتب عليها محاضر شهر كذا وكذا من سنة كذا ليسهل عليه طلبته اذا احتاج اليه وان حضر رجلان عند القاضى فادعى أحدهما أن له فى ديوان الحكم حجة على خصمه فوجدها فان كان حكما حكم به غيره لم يعمل به الا أن يشهد به شاهدان ان هذا حكم به فلان القاضى ولا يرجع فى ذلك الى الخط والختم فانه يحتمل التزوير فى الخط والختم وان كان حكما حكم هو به فان كان ذاكرا للحكم به عالما به عمل به وألزم الخصم حكمه وان كان غير ذاكر لم يعمل به لانه يجوز أن يكون قد زور على خطه وختمه وان شهد اثنان عليه أنه حكم به لم يرجع الى شهادتهما لانه يشك فى فعله فلا يرجع فيه الى قول غيره كما لو شك فى فرض من فروض صلاته فان شهد الشاهدان على حكمه عند حاكم آخر أنفذ ما شهدا به فان شهد شاهدان أن الاول توقف فى شهادتهما لم يجز للثانى أن ينفذ الحكم الذى شهدا به لان الشهود فرع للحاكم الاول فاذا توقف الاصل لم يجز الحكم بشهادة الفرع كما لو شهد شاهدان على شهادة شاهد الاصل ثم شهد شاهدان أن شاهد الاصل توقف فى الشهادة

﴿فصل﴾ اذا اتضح الحكم للقاضى بين الخصمين فالمستحب أن يأمرهما بالصلح فان لم يفعلا لم يجز ترداده لان الحكم لازم فلا يجوز تأخيره من غير رضا من له الحكم

﴿فصل﴾ اذا قال القاضى حكمت لفلان بكذا قبل قوله لانه يملك الحكم فقبل الاقرار به كالزوج لما ملك الطلاق قبل اقراره به وان عزل ثم قال حكمت لفلان بكذا لم يقبل اقراره لانه لا يملك الحكم فلم يملك الاقرار به وهل يكون شاهدا فى ذلك فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه يكون شاهدا لأنه ليس فيه أكثر من أنه يشهد على فعل نفسه وذلك لا يوجب رد شهادته كما لو قالت امرأة أرضعت هذا الصبى والثانى وهو المذهب أنه لا يكون شاهدا لأن شهادته بالحكم تثبت لنفسه العدالة لأن الحكم لا يكون الا من عدل فتلحقه التهمة فى هذه الشهادة فلم تقبل ويخالف المرضعة لأن شهادتها بالرضاع لا تثبت عدالة لنفسها لأن الرضاع يصح من غير عدل ولأن المغلب فى الرضاع فعل المرتضع ولهذا يصح بدونها والمغلب فى الحكم فعل الحاكم فيكون شهادته على فعله فلم يقبل وبالله التوفيق

﴿ باب القسمة ﴾

تجوز قسمة الأموال المشتركة لقوله عزوجل واذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا ولأن النبي ﷺ قسم غنائم بدر بشعب يقال له الصفراء وقسم غنائم خيبر على ثمانية عشر بينهما وقسم غنائم حنين بأوطاس وقيل بالجعرانة ولأن بالشركاء حاجة الى القسمة ليتمكن كل واحد منهم من التصرف فى ماله على الكمال ويتخلص من كثرة الأيدى وسوء المشاركة

﴿ فصل ﴾ ويجوز لهم أن يتقاسموا بأنفسهم ويجوز أن ينصبوا من يقسم بينهم ويجوز أن يرفعوا الى الحاكم لينصب من نفسهم بينهم ويجب أن يكون القاسم عالما بالقسمة ليوصل كل واحد منهم الى حقه كما يجب أن يكون الحاكم عالما ليحكم بينهم بالحق فان كان القاسم من جهة الحاكم لم يجز أن يكون فاسقا ولا عبدا لأنه نصبه لالزام الحكم فلم يجز أن يكون فاسقا ولا عبدا كالحاكم فان لم يكن فيها تقويم جاز قاسم واحد وان كان فيها تقويم لم يجز أقل من اثنين لان التقويم لا يثبت الا باثنين وان كان فيها خرص ففيه قولان أحدهما أنه يجوز أن يكون الخارص واحدا والثانى أنه يجب أن يكون الخارص اثنين

﴿ فصل ﴾ فان كان القاسم نصبه الحاكم كانت أجرته من سهم المصالح لما روى أن عليا رضى الله عنه أعطى القاسم من بيت المال ولأنه من المصالح فكانت أجرته من سهم المصالح فان لم يكن فى بيت المال شىء وجبت على الشركاء على قدر أملاكهم لأنه مؤنة تجب لمال مشترك فكانت على قدر الملك كنفقة العبيد والبهائم المشتركة وان كان القاسم نصبه الشركاء جاز أن يكون فاسقا وعبدا لأنه وكيل لهم وتجب أجرته عليهم على ما شرطوا لأنه أجير لهم

﴿ فصل ﴾ وان كان فى القسمة رد فهو بيع لان صاحب الرد بذل المال فى مقابلة ما حصل له من حق شريكه عوضا وان لم يكن فيها رد ففيه قولان أحدهما أنها بيع لأن كل جزء من المال مشترك بينهما فاذا أخذ نصف الجميع فقد باع حقه بما حصل له من حق صاحبه والقول الثانى أنها فرز النصيبين وتمييز الحقين لانها لو كانت بيعا لم يجز تعليقه على ما تخرجه القرعة ولأنها لو كانت بيعا لافتقرت الى لفظ التمليك ولثبتت فيها الشفعة ولما تقدر بقدر حقه كسائر البيوع فان قلنا انها بيع لم يجز فيما لا يجوز بيع بعضه ببعض كالرطب والعسل الذى انعقدت أجزاؤه بالنار وان قلنا انها فرز النصيبين جاز وان قسم الحبوب والأدهان فان قلنا انها بيع لم يجز أن يتفرقا من غير قبض ولم يجز قسمتها الا بالكيل كما لا يجوز فى البيع وان قلنا انها فرز النصيبين لم يحرم التفرق فيها قبل التقابض ويجوز قسمتها بالكيل والوزن وان كانت بينهما ثمرة على شجرة فان قلنا ان القسمة بيع لم تجز قسمتها خرصا كما لا يجوز بيع بعضها ببعض خرصا وان قلنا انها تمييز الحقين فان كانت ثمرة غير الكرم والنخل لم تجز قسمتها لأنها لا يصح فيها الخرص وان كانت ثمرة النخل والكرم جاز لأنه يجوز خرصها للفقراء فى الزكاة فجاز للشركاء

﴿ فصل ﴾ وان وقف على قوم نصف أرض وأراد أهل الوقف أن يقاسموا صاحب الطلق فان قلنا ان القسمة بيع لم يصح وان قلنا انها تمييز الحقين نظرت فان لم يكن فيها رد صحت وان كان فيها رد فان كان من أهل الوقف جاز لانهم يبتاعون الطلق وان كان من أصحاب الطلق لم يجز لانهم يبتاعون الوقف

﴿ ومن باب القسمة ﴾

(قوله فارزقوهم منه) أى أعطوهم والرزق العطاء ورزق الجند عطاؤهم. وقولوا لهم قولا معروفا قال فى التفسير قولا جميلا للاعتذار (قوله وان كان فى القسمة رد) الرد ما يرده أحد الشريكين الى صاحبه اذا لم يتعادل الجزءان فيرد صاحب الجزء الكثير على صاحب القليل من رده اذا رجعه اليه (قوله فرز النصيبين) الفرز مصدر فرزت الشىء أفرزه فرزا اذا عزلته عن غيره وميزته، والقطعة منه فرزة بالكسر وكذلك أفرزته بالهمز وكذلك التمييز مثله. لا ضرر ولا اضرار وقد ذكر (قوله صاحب الطلق) بكسر الطاء هو ضد الوقف سمى طلقا لأن مالكه مطلق التصرف فيه والوقف غير مطلق التصرف بل هو ممنوع من بيعه وهبته. والمطلق أيضا الحلال

﴿ فصل ﴾ وان طلب أحد الشريكين القسمة وامتنع الآخر نظرت فان لم يكن على واحد منهم ضرر فى القسمة كالحبوب والأدهان والثياب الغليظة وما تساوت أجزاؤه من الارض والدور أجبر الممتنع لأن الطالب يريد أن ينتفع بماله على الكمال وأن يتخلص من سوء المشاركة من غير اضرار بأحد فوجبت اجابته الى ماطلب وان كان عليهما ضرر كالجواهر والثياب المرتفعة التى تنقص قيمتها بالقطع والرحى الواحدة والبئر والحمام الصغير لم يجبر الممتنع لقوله ﷺ لاضرر ولا اضرار وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن اضاعة المال ولانه اتلاف مال وسفه يستحق بها الحجر فلم يجبر عليه وان كان على أحدهما ضرر دون الآخر نظرت فان كان الضرر على الممتنع أجبر عليها وقال أبو ثور رحمه الله لايجبر لانها قسمة فيها ضرر فلم يجبر عليها كما لو دخل الضرر عليهما وهذا خطأ لانه يطلب حقاله فيه منفعة فوجبت الاجابة اليه وان كان على المطلوب منه ضرر كما لو كان له دين على رجل لا يملك الاما يقضى به دينه وان كان الضرر على الطالب دون الآخر ففيه وجهان أحدهما أنه يجبر لأنه قسمة لا ضرر فيها على أحدهما فأجبر الممتنع كما لو كان الضرر على الممتنع دون الطالب والثانى أنه لايجبر وهو الصحيح لأنه يطلب مالا يستضر به فلم يجبر الممتنع و يخالف اذا لم يكن على الطالب ضرر لأنه يطلب ماينتفع به وهذا يطلب مايستضر به وذلك سفه فلم يجبر الممتنع

﴿ فصل ﴾ وان كان بينهما دور أو أراض مختلفة فى بعضها نخل وفى بعضها شجر أو بعضها يسقى بالسيح و بعضها يسقى بالناضح وطلب أحدهما أن يقسم بينهما أعيانا بالقيمة وطلب الآخر قسمة كل عين قسم كل عين لأن كل واحد منهما له حق فى الجميع فجاز له أن يطالب بحقه فى الجميع وان كان بينهما عضائد متلاصقة وأراد أحدهما أن يقسم أعيانا وطلب الآخر أن يقسم كل واحد منها على الانفراد ففيه وجهان أحدهما أنها تقسم أعيانا كالدار الواحدة اذا كان فيها بيوت والثانى أنه يقسم كل واحدة منها لأن كل واحدة على الانفراد فقسم كل واحد منها كالدور المتفرقة

﴿ فصل ﴾ فان كان بينهما دار وطلب أحدهما أن تقسم فيجعل العلو لاحدهما والسفل للآخر وامتنع الآخر لم يجبر الممتنع لان العلو تابع للعرصة فى القسمة ولهذا لو كان بينهما عرصة وطلب أحدهما القسمة وجبت القسمة ولو كان بينهما غرفة فطلب أحدهما القسمة لم يجب ولا يجوز أن يجعل التابع فى القسمة متبوعا

﴿ فصل ﴾ وان كان بين ملكيهما عرصة حائط فأرادا أن تقسم طولا فيجعل لكل واحد منهما نصف الطول فى كمال العرض واتفقا عليه جاز وان طلب أحدهما ذلك وامتنع الآخر أجبر عليها لأنه لاضرر فيها وان أرادا قسمتها عرضا فى كمال الطول واتفقا عليه جاز وان طلب أحدهما وامتنع الآخر ففيه وجهان أحدهما أنه لايجبر لأنه لاتدخله القرعة لأنه اذا أقرع بينهما ربما صار بها مال كل واحد منهما الى ناحية ملك الآخر ولا ينتفع به وكل قسمة لاتدخلها القرعة لا يجبر عليها كالقسمة التى فيها رد والثانى وهو الصحيح انه يجبر عليها لأنه ملك مشترك يمكن كل واحد من الشريكين أن ينتفع بحصته اذا قسم فأجبر على القسمة كما لو أرادا أن يقسماها طولا فان كان بينهما حائط فأرادا قسمته نظرت فان أرادا قسمته طولا فى كمال العرض واتفقا عليه جاز وان أراد ذلك واحد وامتنع الآخر ففيه وجهان أحدهما انه لايجبر لأنه لابد من قطع الحائط وفى ذلك اتلاف والثانى انه يجبر

(قوله أراض) قال أهل النحو لا يجوز جمع أرض على أراض والصواب أرضون بفتح الراء لأن أفاعل جمع أفعل كأحمر وأحامر وأفكل وأفاكل ولايجمع فعل على أفاعل بل يجمع على أرضين وآراض فى القليل وأروض أيضا وقال الجوهرى أراض جمع آراض جمع الجمع (قوله يسقى بالسيح) هو الماء الجارى على وجه الأرض وقد ذكر فى الزكاة. والناضح البعير الذى يستقى عليه والانثى ناضحة وسانية. والناضح الذى ينضح على البعير أى يسوق السانية و يسقى بخلاف غيره (قوله وان كان بينهما عضائد) أراد دكاكين متلاصقة متوالية البناء ، قال الجوهرى أعضاد كل شىء مايسند حوله من البناء وغيره كأعضاد الحوض وهى حجارة تنصب حول شفيره ولعلها سميت عضائد من هذا البناء و يقال عضد من نخل اذا كانت منعطفة متساوية. والعرصة هى ساحة فارغة لابناء فيها بين الدور والجمع العراص والعرصات. والحائط معروف وهو الجدار سمى حائطا لأنه يحيط بما دونه

وهو الصحيح لأنه تمكن قسمته على وجه ينتفعان به فأجبرا عليها كالعرصة فإن أرادا قسمته عرضا في كمال الطول واتفقا عليها جاز وان طلب أحدهما وامتنع الآخر لم يجبر لأن ذلك اتلاف وافساد

﴿فصل﴾ وان كان بينهما أرض مختلفة الأجزاء بعضها عامر و بعضها خراب أو بعضها قوي و بعضها ضعيف أو بعضها شجر أو بناء و بعضها بياض أو بعضها يسقى بالسيح و بعضها بالناضح نظرت فإن أمكن التسوية بين الشريكين في جيده ورديئه بأن يكون الجيد في مقدمها والردئ في مؤخرها فاذا قسمت بينهما نصفين صار الى كل واحد منهما من الجيد والردئ مثل ما صار الى الآخر من الجيد والردئ فطلب أحدهما هذه القسمة أجبر الآخر عليها لأنها كالأرض المتساوية الأجزاء في امكان التسوية بينهما فيها وان لم تمكن التسوية بينهما في الجيد والردئ بأن كانت العمارة أو الشجر أو البناء في أحد النصفين دون الآخر نظرت فاذا أمكن أن يقسم قسمة تعديل بالقيمة بأن تكون الارض ثلاثين جريبا وتكون عشرة أجربة من جيدها بقيمة عشرين جريبا من رديئها فدعا الى ذلك أحد الشريكين وامتنع الآخر ففيه قولان أحدهما أنه لا يجبر الممتنع لتعذر التساوي في الزرع وتوقف القسمة الى أن يتراضيا والقول الثاني أنه يجبر لوجود التساوي بالتعديل فعلى هذا في أجرة القسام وجهان أحدهما أنه يجب على كل واحد منهما نصف الأجرة لأنهما يتساويان في أصل الملك والثاني أنه يجب على صاحب العشرة ثلث الأجرة وعلى صاحب العشرين ثلثاها لتفاضلهما في المأخوذ بالقسمة وان أمكن قسمته بالتعديل وقسمة الرد فدعا أحدهما الى قسمة التعديل ودعا الآخر الى قسمة الرد فإن قلنا ان قسمة التعديل يجبر عليها فالقول قول من دعا اليها لأن ذلك مستحق وان قلنا لا يجبر وقف الى أن يتراضيا على احداهما

﴿فصل﴾ وان كانت بينهما أرض مزروعة وطلب أحدهما قسمة الأرض دون الزرع وجبت القسمة لأن الزرع لا يمنع القسمة في الارض فلم يمنع وجوبها كالقماش في الدار وان طلب أحدهما قسمة الارض والزرع لم يجبر لأن الزرع لا يمكن تعديله فإن تراضيا على ذلك فإن كان بذرا لم يجز قسمته لانه مجهول وان كان قد ظهر فإن كان مما لا ربا فيه كالقصيل والقطن جاز لانه معلوم مشاهد وان كان قد انعقد فيه الحب لم يجز لأنا ان قلنا ان القسمة بيع لم يجز لانه بيع أرض وطعام بأرض وطعام ولانه قسمة مجهول ومعلوم وان قلنا ان القسمة فرز النصيبين لم يجز لانه قسمة مجهول ومعلوم

﴿فصل﴾ وان كان بينهما عبيد أو ماشية أو أخشاب أو ثياب فطلب أحدهما قسمتها أعيانا وامتنع الآخر فإن كانت متفاضلة لم يجبر الممتنع وان كانت متماثلة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي العباس وأبي اسحق وأبي سعيد الاصطخري أنه يجبر الممتنع وهو ظاهر المذهب لانها متماثلة والثاني وهو قول أبي علي ابن خيران وأبي علي ابن أبي هريرة أنه لا يجبر الممتنع لانها أعيان مختلفة فلم يجبر على قسمتها أعيانا كالدور المتفرقة

﴿فصل﴾ وان كان بينهما منافع فأرادا قسمتها مهاياة وهو أن تكون العين في يد أحدهما مدة ثم في يد الآخر مثل تلك المدة جاز لان المنافع كالاعيان فجاز قسمتها كالاعيان وان طلب أحدهما وامتنع الآخر لم يجبر الممتنع ومن أصحابنا من حكى فيه وجها آخر أنه يجبر كما يجبر على قسمة الاعيان والصحيح أنه لا يجبر لان حق كل واحد منهما تعجل فلا يجبر على تأخيره بالمهاياة ويخالف الاعيان فانه لا يتأخر بالقسمة حق كل واحد فاذا عقدا على مدة اختص كل واحد منهما بمنفعة تلك المدة وان كان يحتاج الى النفقة كالعبد والبهيمة كانت نفقته على من يستوفي منفعته وان كسب العبد كسبا معتادا في مدة أحدهما كان لمن هو في مدته وهل تدخل فيها الأكساب النادرة كاللقطة والركاز والهبة والوصية فيه قولان أحدهما أنها تدخل فيها لانها كسب فأشبه المعتاد والثاني أنها لا تدخل فيها لان المهاياة بيع لانه يبيع حقه من الكسب في أحد اليومين بحقه في اليوم الآخر والبيع لا يدخل فيه الا ما يقدر على تسليمه في العادة والنادر لا يقدر على تسليمه في العادة فلم يدخل فيه فعلى هذا يكون بينهما

﴿فصل﴾ وينبغي للقاسم أن يحصي عدد أهل السهام ويعدل السهام بالاجزاء أو بالقيمة أو بالرد فإن تساوى عددهم وسهامهم

(قوله فأرادا قسمتها مهاياة) المهاياة أصلها الاصلاح وهيأت الشيء أصلحته وهي مفاعلة من ذلك فاذا تصالحا على هذه القسمة قيل تهايآ مهايأة. والاكساب النادرة التي تشذ ويعدم وجودها في كل حين.

كثلاثة بينهم أرض أثلاثا فله أن يكتب الأسماء و يخرج على السهام وله أن يكتب السهام و يخرج على الأسماء فان كتب الاسماء كتبها فى ثلاث رقاع فى كل رقعة اسم واحد من الشركاء ثم يأمر من لم يحضر كتب الرقاع والبندقة أن يخرج رقعة على السهم الأول فمن خرج اسمه أخذه ثم يخرج على السهم الثانى فمن خرج اسمه أخذه وتعين السهم الثالث للشريك الثالث فان كتب السهام كتب فى ثلاث رقاع فى رقعة السهم الاول وفى رقعة السهم الثانى وفى رقعة السهم الثالث ثم يأمر باخراج رقعة على اسم أحد الشركاء فأى سهم خرج أخذه ثم يأمر باخراج رقعة على اسم آخر فأى سهم خرج أخذه الثانى ثم يتعين السهم الباقى للشريك الثالث وان اختلفت سهامهم فان كان لواحد السدس وللآخر الثلث وللثالث النصف قسمها على أقل السهام وهو السدس فيجعلها أسداسا ويكتب الأسماء و يخرج على السهام فيأمر أن يخرج على السهم الاول فان خرج اسم صاحب السدس أخذه ثم يخرج على السهم الثانى فان خرج اسم صاحب الثلث أخذ الثانى والذى يليه لان له سهمين وتعين الباقى لصاحب النصف وان خرجت الرقعة الاولى على اسم صاحب النصف أخذ السهم الأول واللذين يليانه وهو الثانى والثالث ثم يخرج على السهم الرابع فان خرج اسم صاحب الثلث أخذه والسهم الذى يليه وهو الخامس وتعين السهم السادس لصاحب السدس وانما قلنا انه يأخذ مع الذى يليه لينتفع بما يأخذه ولا يستضر به ولا يخرج فى هذا القسم السهام على الأسماء لأنا لو فعلنا ذلك ربما خرج السهم الرابع لصاحب النصف فيقول آخذه وسهمين قبله و يقول الآخران بل نأخذه وسهمين بعده فيؤدى الى الخلاف والخصومة

﴿فصل﴾ واذا ترافع الشريكان الى الحاكم وسألاه أن ينصب من يقسم بينهما فقسم قسمة اجبار لم يعتبر تراضى الشركاء لأنه لما لم يعتبر التراضى فى ابتداء القسمة لم يعتبر بعد خروج القرعة فان نصب الشريكان قاسما فقسم بينهما فالمنصوص أنه يعتبر التراضى فى ابتداء القسمة و بعد خروج القرعة وقال فى رجلين حكما رجلا ليحكم بينهما ففيه قولان أحدهما أنه يلزم الحكم ولا يعتبر رضاهما والثانى أنه لا يلزم الحكم الا برضاهما والقاسم ههنا بمنزلة هذا الحاكم لأنه نصبه الشريكان فيكون على قولين أحدهما وهو المنصوص أنه يعتبر الرضى بعد خروج القرعة لأنه لما اعتبر الرضى فى الابتداء اعتبر بعد خروج القرعة والثانى أنه لا يعتبر لأن القاسم مجتهد فى تعديل السهام والاقراع فلم يعتبر الرضى بعد حكمه كالحاكم وان كان فى القسمة رد وخرجت القرعة لم تلزم الا بالتراضى وقال أبو سعيد الاصطخرى تلزم من غير تراض كقسمة الاجبار وهذا خطأ لأن فى قسمة الاجبار لا يعتبر الرضى فى الابتداء وههنا يعتبر فاعتبر بعد القرعة

﴿فصل﴾ اذا تقاسما أرضا ثم ادعى أحدهما غلطا فان كان فى قسمة اجبار لم يقبل قوله من غير بينة لأن القاسم كالحاكم فلم تقبل دعوى الغلط عليه من غير بينة كالحاكم فان أقام البينة على الغلط نقضت القسمة وان كان فى قسمة اختيار نظرت فان تقاسما بأنفسهما من غير قاسم لم يقبل قوله لأنه رضى بأخذ حقه ناقصا وان أقام بينة لم تقبل لجواز أن يكون قد رضى دون حقه ناقصا وان قسم بينهما قاسم نصباه فان قلنا انه يفتقر الى التراضى بعد خروج القرعة لم تقبل دعواه لأنه رضى بأخذ الحق ناقصا وان قلنا انه لا يفتقر الى التراضى بعد خروج القرعة فهو كقسمة الاجبار فلا يقبل قوله الا ببينة فان كان فى القسمة رد لم يقبل قوله على المذهب وعلى قول أبى سعيد الاصطخرى هو كقسمة الاجبار فلم يقبل قوله الا ببينة

﴿فصل﴾ وان تنازع الشريكان بعد القسمة فى بيت فى دار اقتسماها فادعى كل واحد منهما أنه فى سهمه ولم يكن له بينة تحالفا ونقضت القسمة كما قلنا فى المتبايعين وان وجد أحدهما بما صار اليه عيبا فله الفسخ كما قلنا فى البيع

﴿فصل﴾ اذا اقتسما أرضا ثم استحق مما صار لأحدهما شىء بعينه نظرت فان استحق مثله من نصيب الآخر أمضيت القسمة وان لم يستحق من حصة الآخر مثله بطلت القسمة لأن لمن استحق ذلك من حصته أن يرجع فى سهم شريكه واذا استحق ذلك عادت الاشاعة واذا استحق جزء مشاع بطلت القسمة فى المستحق وهل تبطل فى الباقى فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على ابن أبى هريرة أنه يبنى على تفريق الصفقة فان قلنا ان الصفقة لا تفرق بطلت القسمة فى الجميع وان قلنا انها تفرق صحت فى الباقى والثانى

(قوله جزء مشاع) من أشعت الخبر أى أذعته فهو شائع فى الناس لا يعلمه واحد دون واحد كذلك الشىء المشاع بين الشركاء لا يختص به واحد دون واحد

وهو قول أبي اسحق أن القسمة تبطل في الباقي قولا واحدا لأن القصد من القسمة تمييز الحقين ولم يحصل ذلك لان المستحق صار شريكا لكل واحد منهما فبطلت القسمة

﴿فصل﴾ اذا قسم الوارثان التركة ثم ظهر دين على الميت فانه يبنى على بيع التركة قبل قضاء الدين وفيه وجهان ذكرناهما في التفليس فان قلنا ان القسمة تمييز الحقين لم تنقض القسمة وان قلنا انها بيع ففي نقضها وجهان والله أعلم

﴿ باب الدعوى والبينات ﴾

لا تصح دعوى مجهول في غير الوصية لأن القصد بالحكم فصل الحكومة والتزام الحق ولا يمكن ذلك في المجهول فان كان المدعى دينا ذكر الجنس والنوع والصفة وان كان عينا باقية ذكر صفتها وان ذكر قيمتها كان أحوط وان كانت العين تالفة فان كان لها مثل ذكر صفتها وان ذكر القيمة كان أحوط وان لم يكن لها مثل ذكر قيمتها وان كان المدعى سيفا محلى أو لجاما محلى فان كان بفضة قومه بالذهب وان كان بالذهب قومه بالفضة وان كان محلى بالذهب والفضة قومه بما شاء منهما وان كان المدعى مالا عن وصية جاز أن يدعي مجهولا لأن بالوصية يملك المجهول ولا يلزم في دعوى المال ذكر السبب الذي ملك به لأن أسبابه كثيرة فيشق معرفة سبب كل درهم فيه وان كان المدعى قتلا لزمه ذكر صفته وأنه عمد أو خطأ وأنه انفرد به أو شاركه فيه غيره ويذكر صفة العمد لأن القتل لا يمكن تلافيه فاذا لم يبين لم يؤمن أن يقتص فيما لا يجب فيه القصاص وان كان المدعى نكاحا فقد قال الشافعي رحمه الله لا يسمع حتى يقول نكحتها بولي وشاهدين ورضاها فمن أصحابنا من قال لا يشترط لأنه دعوى ملك فلا يشترط فيه ذكر السبب كدعوى المال وما قال الشافعي رحمه الله ذكره على سبيل الاستحباب كما قال في امتحان الشهود اذا ارتاب بهم ومنهم من قال ان ذلك شرط لأنه مبني على الاحتياط وتتعلق العقوبة بجنسه فشرط في دعواه ذكر الصفة كدعوى القتل ومنهم من قال ان كان يدعي ابتداء النكاح لزمه ذكره لأنه شرط في الابتداء وان كان يدعي استدامة النكاح لم يشترط لأنه ليس بشرط في الاستدامة وان ادعت امرأة على رجل نكاحا فان كان مع النكاح حق تدعيه من مهر أو نفقة سمعت دعواها وان لم تدع حقا سواه ففيه وجهان أحدهما أنه لا تسمع دعواها لان النكاح حق للزوج على المرأة فاذا ادعت المرأة كان ذلك اقرارا والاقرار لا يقبل مع انكار المقر له كما لو أقرت له بدار والثاني أنه تسمع لان النكاح يتضمن حقوقا لها فصح دعواها فيه وان كان المدعى بيعا أو اجارة ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه لا يفتقر الى ذكر شروطه لان المقصود به المال فلم يفتقر الى ذكر شروطه كدعوى المال والثاني أنه يفتقر الى ذكر شروطه لانه دعوى عقد فافتقر الى ذكر شروطه كالنكاح والثالث أنه ان كان في غير الجارية لم يفتقر لانه لا يقصد به غير المال وان كان في جارية افتقر لانه يملك به الوطء فأشبه النكاح ومالزم ذكره في الدعوى ولم يذكره سأله الحاكم عنه ليذكره فتصير الدعوى معلومة فيمكن الحكم بها

﴿ فصل ﴾ وان ادعى عليه مالا مضافا الى سببه فان ادعى عليه ألفا اقترضه أو أتلف عليه فقال ما أقرضني أو ما أتلفت عليه صح الجواب لأنه أجاب عما ادعى عليه وان لم يتعرض لما ادعى عليه بل قال لا يستحق علي شيئا صح الجواب ولا يكلف انكار ما ادعى عليه من القرض أو الاتلاف لأنه يجوز أن يكون قد أقرضه أو أتلف عليه ثم قضاه أو أبرأه منه فان أنكره كان كاذبا في انكاره وان أقر به لم يقبل قوله انه قضاه أو أبرأه منه فيستضر به وان أنكر الاستحقاق كان صادقا ولم يكن عليه ضرر

﴿ فصل ﴾ وان ادعى على رجل دينا في ذمته فأنكر ولم تكن بينة فالقول قوله مع يمينه لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه ولأن الأصل

(قوله التركة) ذكرنا أن التركة ما يتركه الميت تراثا فعلة من الترك

﴿ ومن باب الدعوى والبينات ﴾

المدعي في اللغة كل من ادعى نسبا أو علما أو ادعى ملك شيء نوزع فيه أو لم ينازع ولا يقال في الشرع مدع الا اذا نازع غيره. وسميت البينة بينة وهي الشهود لأنها تبين عن الحق وتوضحه بعد خفائه من بان الشيء اذا ظهر وأبنته أظهرته وتبين لي ظهر ووضح (قوله امتحان الشهود) وهو اختبارهم، محنت الشيء وامتحنته أي اختبرته والاسم المحنة وأصله من محنت البئر محنا اذا أخرجت ترابها وطينها

براءة ذمته فجعل القول قوله وان ادعى عينا فى يده فأنكره ولا بينة فالقول قوله مع يمينه لما روى أن النبى ﷺ قال فى قصة الحضرمى والكندى شاهداك أو يمينه ولأن الظاهر من اليد الملك فقبل قوله وان تداعيا عينا فى يدهما ولا بينة حلفا وجعل المدعى بينهما نصفين لما روى أبو موسى الأشعرى رضى الله عنه أن رجلين تداعيا دابة ليس لأحدهما بينة فجعلها رسول الله ﷺ بينهما ولأن يد كل واحد منهما على نصفها فكان القول فيه قوله كما لو كانت العين فى يد أحدهما

﴿ فصل ﴾ وان تداعيا عينا ولأحدهما بينة وهى فى يدهما أو فى يد أحدهما أو فى يد غيرهما حكم لمن له البينة لقوله ﷺ شاهداك أو يمينه فبدأ بالحكم بالشهادة ولأن البينة حجة صريحة فى اثبات الملك لا تهمة فيها واليد تحتمل الملك وغيره والذى يقوى بها هو اليمين وهو متهم فيها فقدمت البينة عليها وان كان لكل واحد منهما بينة نظرت فان كانت العين فى يد أحدهما قضى لمن له اليد من غير يمين ومن أصحابنا من قال لا يقضى لصاحب اليد من غير يمين لأن بينته تعارضها بينة المدعى فتسقطها ويبقى له اليد واليد لا يقضى بها من غير يمين والمنصوص أنه يقضى له من غير يمين لأن معه بينة معها ترجيح وهو اليد ومع الآخر بينة لا ترجيح معها والحجتان اذا تعارضتا ومع احداهما ترجيح قضى بالتى معها الترجيح كالخبرين اذا تعارضا ومع أحدهما قياس وان كانت العين فى يد أحدهما فأقام الآخر بينة فقضى له وسلمت العين اليه ثم أقام صاحب اليد بينة أنها له نقض الحكم وردت العين اليه لأنا حكمنا للآخر ظنا منا أنه لا بينة له فاذا أتى بالبينة بان لنا أنه كانت له يد وبينة فقدمت على بينة الآخر

﴿ فصل ﴾ وان كان لكل واحد منهما بينة والعين فى يدهما أو فى يد غيرهما أو لا يد لأحدهما عليها تعارضت البينتان وفيهما قولان أحدهما أنهما يسقطان وهو الصحيح لانهما حجتان تعارضتا ولا مزية لاحداهما على الاخرى فسقطتا كالنصين فى الحادثة فعلى هذا يكون الحكم فيه كما لو تداعيا ولا بينة لواحد منهما والثانى أنهما يستعملان وفى كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال أحدها أنه يوقف الامر الى أن ينكشف أو يصطلحا لان احداهما صادقة والاخرى كاذبة ويرجى معرفة الصادقة فوجب التوقف كالمرأة اذا زوجها وليان أحدهما بعد الآخر ونسى السابق منهما والثانى أنه يقسم بينهما لان البينة حجة كاليد ولو استويا فى اليد قسم بينهما فكذلك اذا استويا فى البينة والثالث أنه يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حكم له لأنه لا مزية لاحداهما على الاخرى فوجب التقديم بالقرعة كالزوجتين اذا أراد الزوج السفر باحداهما

﴿ فصل ﴾ وان كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر أربعة أو أكثر فهما متعارضتان وفيهما القولان لان الاثنين مقدران بالشرع فكان حكمهما وحكم ما زاد سواء وان كانت احدى البينتين أعدل من الاخرى فهما متعارضتان وفيهما القولان ولانهما متساويتان فى اثبات الحق وان كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر شاهدا وامرأتين فهما متعارضتان وفيهما القولان لانهما يتساويان فى اثبات المال وان كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر شاهدا ويمينا ففيه قولان أحدهما أنهما يتعارضان وفيهما القولان لانهما تساويا فى اثبات المال والقول الثانى أنه يقضى لمن له الشاهدان لان بينته مجمع عليها وبينة الآخر مختلف فيها

﴿ فصل ﴾ وان كانت العين فى يد غيرهما فشهدت بينة أحدهما بأنه ملكه من سنة وشهدت بينة الآخر أنه ملكه من سنتين ففيه قولان قال فى البويطى هما سواء لان القصد اثبات الملك فى الحال وهما متساويتان فى اثبات الملك فى الحال والقول الثانى أن التى شهدت بالملك المتقدم أولى وهو اختيار المزنى وهو الصحيح لانها انفردت باثبات الملك فى زمان لا تعارضها فيه البينة الأخرى وأما اذا كان الشىء فى يد أحدهما فان كان فى يد من شهد له بالملك المتقدم حكم له وان كان فى يد الآخر فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس رحمه الله يبنى على القولين فى المسئلة قبلها ان قلنا انهما يتساويان حكم لصاحب اليد وان قلنا ان التى شهدت بالملك المتقدم تقدم قدمت ههنا أيضا لان الترجيح من جهة البينة أولى من الترجيح باليد ومن أصحابنا من قال يحكم به لمن هو فى يده قولا واحدا لان اليد الموجودة أولى من الشهادة بالملك المتقدم وأما اذا تداعيا دابة وأقام أحدهما بينة أنها ملكه نتجت فى ملكه وأقام الآخر أنها دابته ولم يذكر النتاج فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس الحكم فيه كالحكم فى الشهادة بالملك المتقدم وفيها

(قوله الترجيح) مأخوذ من رجحان الميزان ورجحت بفلان اذا كنت أرزن منه. وقوم مراجيح فى الحلم. ومعناه أن يكون احدى الحجتين أقوى بزيادة شىء ليس فى الأخرى

قولان لان الشهادة بالنتاج كشهادته بالملك المتقدم وقال أبو اسحق يحكم لمن شهدت له البينة بالنتاج قولا واحدا لان بينة النتاج تنفي أن يكون الملك لغيره والبينة بالملك المتقدم لا تنفي أن يكون الملك قبل ذلك لغير المشهود له

﴿ فصل ﴾ اذا ادعى رجل دارا في يد رجل وأقام بينة أن هذه الدار كانت في يده أو في ملكه أمس فقد نقل المزني والربيع أنه لا يحكم بهذه الشهادة وحكى البويطي أنه يحكم بها فقال أبو العباس فيها قولان أحدهما أنه يحكم بذلك لانه قد ثبت بالبينة أن الدار كانت له والظاهر بقاء الملك والقول الثاني أنه لا يحكم بها وهو الصحيح لانه ادعى ملك الدار في الحال وشهدت له البينة بما لم يدعه فلم يحكم بها كما لو ادعى دارا فشهدت له البينة بدار أخرى وقال أبو اسحاق لا يحكم بها قولا واحدا وما ذكره البويطي من تخريجه

﴿ فصل ﴾ وان ادعى رجل على رجل دارا في يده وأقر بها لغيره نظرت فان صدقه المقر له حكم له لانه مصدق فيما في يده وقد صدقه المقر له فحكم له وتنتقل الخصومة الى المقر له فان طلب المدعي يمين المقر أنه لا يعلم أنها له ففيه قولان بناء على من أقر بشيء في يده لغيره ثم أقر به لآخر وفيه قولان أحدهما يلزمه أن يغرم للثاني والثاني لا يلزمه فان قلنا يلزمه أن يغرم حلف لانه ربما خاف أن يحلف فيقر للثاني فيغرم له وان قلنا لا يلزمه لم يحلف لانه ان خاف من اليمين فأقر للثاني لم يلزمه شيء فلا فائدة في تحليفه وان كذبه المقر له ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي العباس أنه يأخذها الحاكم و يحفظها الى أن يجد صاحبها لان الذي في يده لا يدعيها والمقر له أسقط اقراره بالتكذيب وليس للمدعي بينة فلم يبق الا أن يحفظها الحاكم كالمال الضال والثاني وهو قول أبي اسحاق انه يسلم الى المدعي لانه ليس ههنا من يدعيه غيره وهذا خطأ لانه حكم بمجرد الدعوى وان أقر بها لغائب ولا بينة وقف الامر الى أن يقدم الغائب لان الذي في يده لا يدعيها ولا بينة تقضي بها فوجب التوقف فان طلب المدعي يمين المدعى عليه أنه لا يعلم أنها له فعلى ماذكرناه من القولين وان كان للمدعي بينة قضي له وهل يحتاج الى أن يحلف مع البينة فيه وجهان أحدهما أنه يحتاج أن يحلف مع البينة لانا حكمنا باقرار المدعى عليه أنها ملك للغائب ولا يجوز القضاء بالبينة على الغائب من غير يمين والثاني وهو قول أبي اسحاق أنه لا يحتاج أن يحلف لانه قضاء على الحاضر وهو المدعى عليه وان كان مع المدعى عليه بينة أنها للغائب فالمنصوص أنه يحكم ببينة المدعي وتسلم اليه ولا يحكم ببينة المدعى عليه وان كان معها يد لان بينة صاحب اليد انما يقضى بها اذا أقامها صاحب الملك أو وكيل له والمدعى عليه ليس بمالك ولا هو وكيل للمالك فلم يحكم ببينته وحكى أبو اسحق رحمه الله عن بعض أصحابنا أنه قال ان كان المقر للغائب يدعي أن الدار في يده وديعة أو عارية لم تسمع بينته وان كان يدعي أنها في يده باجارة سمعت بينته وقضي بها لانه يدعي لنفسه حقا فسمعت بينته فيصح الملك للغائب و يستوفي بها حقه من المنفعة وهذا خطأ لانه اذا لم تسمع البينة في اثبات الملك وهو الاصل فلأن لا تسمع لاثبات الاجارة وهي فرع على الملك أولى وان أقر بها لمجهول فقد قال أبو العباس فيه وجهان أحدهما أنه يقال له اقرارك لمجهول لا يصح فاما أن تقر بها لمعروف أو تدعيها لنفسك أو نجعلك ناكلا و يحلف المدعي و يقضى له والثاني أن يقال له اما أن تقر بها لمعروف أو نجعلك ناكلا ولا يقبل دعواه لنفسه لانه باقراره لغيره نفى أن يكون الملك له فلم تقبل دعواه بعد

﴿ فصل ﴾ اذا ادعى جارية وشهدت البينة أنها ابنة أمته لم يحكم له بها لانها قد تكون ابنة أمته ولا تكون له بأن تلدها في ملك غيره ثم يملك الام دونها فتكون ابنة أمته ولا تكون له وان شهدت البينة أنها ابنة أمته ولدتها في ملكه فقد قال الشافعي رحمه الله حكمت بذلك وذكر في الشهادة بالملك المتقدم قولين فنقل أبو العباس جواب تلك المسئلة الى هذه وجعلها على قولين وقال سائر أصحابنا يحكم بها ههنا قولا واحدا وهناك على قولين والفرق بينهما أن الشهادة هناك بأصل الملك فلم تقبل حتى يثبت في الحال والشهادة ههنا بنماء الملك وأنه حدث في ملكه فلم يفتقر الى اثبات الملك في الحال وان ادعى غزلا أو طيرا أو آجرا وأقام البينة أن الغزل من قطنه والطير من بيضه والآجر من طينه قضي له لان الجميع عين ماله وانما تغيرت صفته

﴿ فصل ﴾ اذا ادعى رجل أن هذه الدار ملكه من سنتين وأقام على ذلك بينة وادعى آخر أنه ابتاعها منه منذ سنة وأقام على ذلك بينة قضي ببينة الابتياع لان بينة الملك شهدت بالملك على الاصل وبينة الابتياع شهدت بأمر حادث خفي على بينة الملك فقدمت على بينة الملك كما تقدم بينة الجرح على بينة التعديل

﴿فصل﴾ وان كان فى يد رجل دار وادعى رجل أنه ابتاعها من زيد وهو يملكها وأقام على ذلك بينة حكم له لانه ابتاعها من مالكها وان شهدت له البينة أنه ابتاعها منه وسلمها اليه حكم له لانه لا يسلم الا ما يملكه وان شهدت أنه ابتاعها منه ولم تذكر الملك ولا التسليم لم يحكم بهذه الشهادة ولم تؤخذ الدار ممن هى فى يده لانه قد يبيع الانسان ما يملكه وما لا يملكه فلا تزال يد صاحب اليد

﴿فصل﴾ وان كان فى يد رجل دار فادعاها رجل وأقام البينة أنها له أجرها ممن هى فى يده وأقام الذى فى يده الدار بينة أنها له قدمت بينة الخارج الذى لا يد له لان الدار المستأجرة فى ملك المؤجر وبيده وليس للمستأجر الا الانتفاع فتصير كما لو كانت فى يده دار وادعى رجل أنها له غصبه عليها الذى هى فى يده وأقام البينة فانه يحكم بها للمغصوب منه

﴿فصل﴾ وان تداعى رجلان دارا فى يد ثالث فشهد لأحدهما شاهدان أن الذى فى يده الدار غصبه عليها وشهد للآخر شاهدان أنه أقر له بها قضى للمغصوب منه لانه ثبت بالبينة أنه غاصب واقرار الغاصب لا يقبل فحكم بها للمغصوب منه

﴿فصل﴾ اذا ادعى رجل أنه ابتاع دارا من فلان ونقده الثمن وأقام على ذلك بينة وادعى آخر أنه ابتاعها منه ونقده الثمن وأقام على ذلك بينة وتاريخ أحدهما فى رمضان وتاريخ الآخر فى شوال قضى لمن ابتاعها فى رمضان لانه ابتاعها وهى فى ملكه والذى ابتاعها فى شوال ابتاعها بعد ما زال ملكه عنها وان كان تاريخهما واحدا أو كان تاريخهما مطلقا أو تاريخ أحدهما مطلقا وتاريخ الآخر مؤرخا فان كانت الدار فى يد أحدهما قضى له لان معه بينة ويدا وان كانت فى يد البائع تعارضت البينتان وفيهما قولان أحدهما أنهما يسقطان والثانى انهما يستعملان فان قلنا انهما يسقطان رجع الى البائع فان أنكرهما حلف لكل واحد منهما يمينا على الانفراد وقضى له وان أقر لأحدهما سلمت اليه وهل يحلف للآخر فيه قولان وان أقر لهما جعلت لهما نصفين وهل يحلف كل واحد منهما للآخر على النصف الآخر على القولين وان قلنا أنهما يستعملان نظرت فان صدق البائع أحدهما ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى العباس انها تجعل لمن صدقه البائع لان الدار فى يده فاذا أقر لأحدهما فقد نقل يده اليه فتصير له يد وبينة وقال أكثر أصحابنا لا يرجح باقرار البائع وهو الصحيح لان البينتين اتفقتا على ازالة ملك البائع واسقاط يده فعلى هذا يقرع بينهما فى أحد الاقوال ويقسم بينهما فى الثانى فيجعل لكل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذى ادعى أنه ابتاع به ولا يجىء القول بالوقف لان العقود لا توقف

﴿فصل﴾ وان ادعى رجل أنه ابتاع هذه الدار من زيد وهو يملكها ونقده الثمن وأقام عليه بينة وادعى آخر أنه ابتاعها من عمرو وهو يملكها ونقده الثمن وأقام عليه بينة فان كانت فى يد أجنبى أو فى يد أحد البائعين وقلنا على المذهب الصحيح انه لا ترجح البينة بقول البائع تعارضت البينتان وفيهما قولان أحدهما أنهما يسقطان والثانى أنهما يستعملان فان قلنا انهما يسقطان رجع الى من هو فى يده فان ادعاه لنفسه فالقول قوله ويحلف لكل واحد منهما وان أقر لاحدهما سلم اليه وهل يحلف للآخر فيه قولان وان أقر لهما جعل لكل واحد منهما نصفه وهل يحلف للآخر على النصف الآخر على القولين وان قلنا انهما يستعملان أقرع بينهما فى أحد الاقوال ويقسم بينهما فى القول الثانى فيجعل لكل واحد منهما النصف بنصف الثمن الذى ادعى أنه ابتاعه ولا يجىء الوقف لان العقود لا توقف

﴿فصل﴾ وان كان فى يد رجل دار فادعى زيد أنه باعها منه بألف وأقام عليه بينة وادعى عمرو أنه باعها منه بألف وأقام عليه بينة فان كانت البينتان بتاريخ واحد تعارضتا وفيهما قولان أحدهما أنهما يسقطان والثانى أنهما يستعملان فاذا قلنا انهما يسقطان رجع الى قول من هى فى يده فان ادعاها لنفسه وأنكر الشراء حلف لكل واحد منهما وحكم له وان أقر لأحدهما لزمه الثمن لمن أقر له وحلف للآخر قولا واحدا لانه لو أقر له بعد اقراره للاول لزمه له الالف لانه يقر له بحق فى ذمته فلزمه أن يحلف قولا واحدا وان قلنا انهما يستعملان أقرع بينهما فى أحد الأقوال ويقسم فى القول الثانى ولا يجىء الوقف لان العقود لا توقف وان كانتا بتاريخين مختلفين بأن شهدت بينة أحدهما بعقد فى رمضان وبينة أحدهما بعقد فى شوال لزمه الثمنان

(قوله ونقده الثمن) النقد ضد الفقد وهو احضاره فى المجلس

لانه يمكن الجمع بينهما بأن يكون قد اشتراه فى رمضان من أحدهما ثم باعه واشتراه من الآخر فى شوال وان كانت البينتان مطلقتين ففيه وجهان أحدهما أنه يلزمه الثمنان لانه يمكن استعمالهما بأن يكون قد اشتراه فى وقتين مختلفين والثانى أنهما يتعارضان فيكون على القولين لانه يحتمل أن يكونا فى وقتين فيلزمه الثمنان و يحتمل أن يكونا فى وقت واحد والاصل براءة الذمة

﴿فصل﴾ وان ادعى رجل ملك عبد فأقام عليه بينة وادعى آخر أنه باعه أو وقفه أو أعتقه وأقام عليه بينة قدم البيع والوقف والعتق لان بينة الملك شهدت بالاصل و بينة البيع والوقف والعتق شهدت بأمر حادث خفى على بينة الملك فقدمت على بينة الملك وان كان فى يد رجل عبد فادعى رجل أنه ابتاعه وأقام عليه بينة وادعى العبد أن مولاه أعتقه وأقام عليه بينة فان عرف السابق منهما بالتاريخ قضى بأسبق التصرفين لان السابق منهما يمنع صحة الثانى فقدم عليه وان لم يعرف السابق منهما تعارضتا وفيهما قولان أحدهما انهما يسقطان و يرجع الى من فى يده العبد وان كان كذبهما حلف لكل واحد منهما يمينا على الانفراد وان صدق أحدهما قضى لمن صدقه والقول الثانى أنهما يستعملان فيقرع بينهما فى أحد الأقوال فمن خرجت له القرعة قضى له و يقسم فى القول الثانى فيعتق نصفه و يحكم للمبتاع بنصف الثمن ولا يجىء القول بالوقف لان العقود لا توقف

﴿فصل﴾ قال فى الأم اذا قال لعبده ان قتلت فأنت حر فأقام العبد بينة انه قتل وأقام الورثة بينة أنه مات ففيه قولان أحدهما أنه تتعارض البينتان و يسقطان و يرق العبد لان بينة القتل تثبت القتل وتنفى الموت و بينة الموت تثبت الموت وتنفى القتل فيسقطان و يبقى العبد على الرق والثانى أنه تقدم بينة القتل و يعتق العبد لان بينة الورثة تشهد بالموت و بينة العبد تشهد بالقتل لان المقتول ميت ومعها زيادة صفة وهى القتل فقدمت وان كان له عبدان سالم وغانم فقال لغانم ان مت فى رمضان فأنت حر وقال لسالم ان مت فى شوال فأنت حر ثم مات فأقام غانم بينة أنه مات فى رمضان وأقام سالم بينة بالموت فى شوال ففيه قولان أحدهما انه تتعارض البينتان و يسقطان و يرق العبدان لان الموت فى رمضان ينفى الموت فى شوال والموت فى شوال ينفى الموت فى رمضان فيسقطان و يبقى العبدان على الرق والقول الثانى أنه تقدم بينة الموت فى رمضان لانه يجوز أن يكون قد علمت البينة بالموت فى رمضان وخفى ذلك على البينة الاخرى الى شوال فقدمت بينة رمضان لما معها من زيادة العلم وان قال لغانم ان مت من مرضى فأنت حر وقال لسالم ان برئت من مرضى فأنت حر ثم مات فأقام غانم بينة بالموت من مرضه وأقام سالم بينة بأنه برئ من المرض ثم مات تعارضت البينتان وسقطتا ورق العبدان لان بينة أحدهما أثبتت الموت من مرضه ونفت البرء منه والأخرى أثبتت البرء من مرضه ونفت موته منه فتعذر الجمع بينهما فتعارضتا وسقطتا و بقى العبدان على الرق

﴿فصل﴾ وان اختلف المتبايعان فى قدر الثمن أو اختلف المتكاريان فى قدر الأجرة أو فى مدة الاجارة فان لم يكن بينة فالحكم فى التحالف والفسخ على ماذكرناه فى الفسخ فى البيع وان كان لأحدهما بينة قضى له وان كان لكل واحد منهما بينة نظرت فان كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين قضى بالأولى منهما لان العقد الأول يمنع صحة العقد الثانى وان كانتا مطلقتين أو مؤرختين تاريخا واحدا أو احداهما مطلقة والأخرى مؤرخة فهما متعارضتان وفيهما قولان أحدهما أنهما يسقطان و يصير كأن لم تكن بينة فيتحالفا على ماذكرناه فى البيع والثانى انهما يستعملان فيقرع بينهما فمن خرجت له القرعة قضى له ولا يجىء القول بالوقف لان العقود لا توقف ولا يجىء القول بالقسمة لانهما يتنازعان فى عقد والعقد لا يمكن قسمته وخرج أبو العباس قولا آخر أنه اذا كان الاختلاف فى قدر المدة أو فى قدر الأجرة قضى بالبينة التى توجب الزيادة كما لو شهدت بينة أن لفلان عليه ألفا وشهدت بينة أن له عليه ألفين وهذا خطأ لان الشهادة بالألف لا تنفى الزيادة عليه فلم يكن بينها و بين بينة الاخرى تعارض وههنا أحد البينتين ينفى ما شهدت به البينة الأخرى لانه اذا عقد بأحد العوضين لم يجز أن يعقد بالعوض الآخر فتعارضتا

﴿فصل﴾ اذا ادعى رجلان دارا فى يد رجل وعزيا الدعوى الى سبب يقتضى اشتراكهما كالارث عن ميت والابتياع فى صفقة

(قوله وعزيا الدعوى) يقال عزيته الى أبيه وعزوته أى نسبته اليه، واعتزى هو أى انتمى وانتسب، وفى الحديث من تعزى بعزاء الجاهلية فأعضوه بهن أبيه ولا تكنوا أى من انتسب وانتمى، وذلك قولهم يا آل فلان

فأقر المدعى عليه بنصفها لأحدهما شاركه الآخر لان دعواهما تقتضي اشتراكهما في كل جزء منهما ولهذا لو كان طعاما فهلك بعضه كان هالكا منهما وكان الباقي بينهما فاذا جحد النصف وأقر بالنصف جعل المجحود بينهما والمقر به بينهما وان ادعيا ولم يعزيا الى سبب فأقر لاحدهما بنصفها لم يشاركه الآخر لان دعواه لا تقتضي الاشتراك في كل جزء منه

﴿ فصل ﴾ وان ادعى رجلان دارا في يد ثالث لكل واحد منهما نصفها وأقر الذي هي في يده بجميعها لاحدهما نظرت فان كان قد سمع من المقر له الاقرار للمدعي الآخر بنصفها لزمه تسليم النصف اليه لأنه أقر بذلك فاذا صار اليه لزمه حكم اقراره كرجل أقر لرجل بعين ثم صارت العين في يده وان لم يسمع منه اقرار فادعى جميعها حكم له بالجميع لانه يجوز أن يكون الجميع له ودعواه للنصف صحيح لأن من له الجميع فله النصف و يجوز أن يكون قد خص النصف بالدعوى لأن له على النصف بينة أو يعلم أنه مقر له بالنصف وتنتقل الخصومة اليه مع المدعي الآخر في النصف وان قال الذي في يده الدار نصفها لي والنصف الآخر لا أعلم لمن هو ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه يترك النصف في يده لأنه أقر لمن لا يدعيه فبطل الاقرار و بقي على ملكه والثاني أن الحاكم ينتزعه منه و يكون عنده لأن الذي في يده لا يدعيه والمقر له لا يدعيه فأخذه الحاكم للحفظ كالمال الضال والثالث أنه يدفع الى المدعي الآخر لانه يدعيه وليس له مستحق آخر وهذا خطأ لأنه حكم بمجرد الدعوى

﴿ فصل ﴾ اذا مات رجل وخلف ابنا مسلما وابنا نصرانيا وادعى كل واحد منهما أنه مات أبوه على دينه وأنه يرثه وأقام على ما يدعيه بينة فان عرف أنه كان نصرانيا نظرت فان كانت البينتان غير مؤرختين حكم ببينة الاسلام لان من شهد بالنصرانية شهد بالاصل والذي شهد بالاسلام شهد بأمر حادث خفي على من شهد بالنصرانية فقدمت شهادته كما تقدم بينة الجرح على بينة التعديل فان شهدت احداهما بأنه مات وآخر كلامه الاسلام وشهدت الأخرى بأنه مات وآخر كلامه النصرانية فهما متعارضتان وفيهما قولان أحدهما أنهما يسقطان فيكون كما لو مات ولا بينة فيكون القول قول النصراني لان الظاهر معه والثاني انهما يستعملان فان قلنا بالقرعة أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة ورث وان قلنا بالوقف وقف وان قلنا بالقسمة ففيه وجهان أحدهما أنه يقسم كما يقسم في غير الميراث والثاني وهو قول أبي اسحق أنه لا يقسم لأنه اذا قسم بينهما تيقن الخطأ في توريثهما وفي غير الميراث يجوز أن يكون المال مشتركا بينهما فقسم وان لم يعرف أصل دينه تعارضت البينتان سواء كانتا مطلقتين أو مؤرختين وفيهما قولان أحدهما انهما يسقطان فان كان المال في يد غيرهما فالقول قول من في يده المال وان كان في يديهما كان بينهما وان قلنا انهما يستعملان فان قلنا يقرع أقرع بينهما وان قلنا يوقف وقف الى أن ينكشف وان قلنا يقسم قسم وقال أبو اسحق لا يقسم لانه يتيقن الخطأ في توريثهما والمنصوص انه يقسم وما قاله أبو اسحق خطأ لانه يجوز أن يموت وهو نصراني فورثه ابناه وهما نصرانيان ثم أسلم أحدهما وادعى أن أباه مات مسلما ليأخذ الجميع و يغسل الميت و يصلى عليه في المسائل كلها و يدفن في مقابر المسلمين و ينوي بالصلاة عليه ان كان مسلما كما قلنا في موتى المسلمين اذا اختلطوا بموتى الكفار

﴿ فصل ﴾ وان مات رجل وخلف ابنين واتفق الابنان أن أباهما مات مسلما وأن أحد الابنين أسلم قبل موت الاب واختلفا في الآخر فقال أسلمت أنا أيضا قبل موت أبي فالميراث بيننا وأنكر الآخر فالقول قول المتفق على اسلامه لأن الاصل بقاؤه على الكفر ولو اتفقا على اسلامهما واختلفا في وقت موت الاب فقال أحدهما مات أبي قبل اسلامك فالميراث لي وقال الآخر بل مات بعد اسلامي أيضا فالقول قول الثاني لان الاصل حياة الاب وان مات رجل وخلف أبوين كافرين وابنين مسلمين فقال الأبوان مات كافرا وقال الابنان مات مسلما فقد قال أبو العباس يحتمل قولين أحدهما أن القول قول الأبوين لانه اذا ثبت انهما كافران كان الولد محكوما بكفره الى أن يعلم الاسلام والثاني ان الميراث يوقف الى أن يصطلحوا أو ينكشف الأمر لأن الولد انما يتبع الأبوين في الكفر قبل البلوغ فأما بعد البلوغ فله حكم نفسه و يحتمل أنه كان مسلما و يحتمل أنه كان كافرا فوقف الأمر الى أن ينكشف

﴿ فصل ﴾ وان مات رجل وله ابن حاضر وابن غائب وله دار في يد رجل فادعى الحاضر أن أباه مات وأن الدار بينه و بين أخيه

وأقام بينة من أهل الخبرة بأنه مات وانه لاوارث له سواهما انتزعت الدار ممن هي في يده ويسلم الى الحاضر نصفها وحفظ النصف للغائب وان كان له دين في الذمة قبض الحاضر نصفه وفي نصيب الغائب وجهان أحدهما أنه يأخذه الحاكم ويحفظه عليه كالعين والثاني أنه لا يأخذه لان كونه في الذمة أحفظ له ولا يطالب الحاضر فيما يدفع اليه بضمين لان في ذلك قدحا في البينة وان لم تكن البينة من أهل الخبرة الباطنة أو كانت من أهل الخبرة الا أنها لم تشهد بأنها لا تعرف له وارثا سواهما لم يدفع اليه شيء حتى يبعث الحاكم الى البلاد التي كان يسافر اليها فيسأل هل له وارث آخر فاذا سأل ولم يعرف له وارث غيره دفع اليه قال الشافعي رحمه الله يأخذ منه ضمينا وقال في الأم وأحب أن يأخذ منه ضمينا فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما انه يجب أخذ الضمين لانه ربما ظهر وارث آخر والثاني أنه يستحب ولا يجب لأن الظاهر أنه لاوارث له غيره ومنهم من قال ان كان الوارث ممن يحجب كالأخ والعم وجب وان كان ممن لا يحجب كالابن استحب لأن من لا يحجب يتيقن أنه وارث ويشك فيمن يزاحمه فلم يترك اليقين بالشك ومن يحجب يشك في ارثه وحمل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال ان كان الوارث غير مأمون وجب لانه لا يؤمن أن يضيع حق من يظهر وان كان مأمونا لم يجب لانه لا يضيع حق من يظهر وحمل القولين على هذين الحالين وان كان الوارث ممن له فرض لا ينقص كالزوجين فان شهد الشهود أنه لاوارث له سواه وهم من أهل الخبرة دفع اليه أكمل الفرضين ولا يؤخذ منه ضمين وان لم يشهدوا انه لاوارث له سواه أو شهدوا بذلك ولم يكونوا من أهل الخبرة دفع اليه أنقص الفرضين فان كان زوجا دفع اليه الربع من المال عائلا وان كان زوجة دفع اليها ربع الثمن عائلا ويوقف الباقي فان لم يظهر وارث آخر دفع اليه الباقي

﴿ فصل ﴾ وان ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت فورثتها الابن ثم مات الابن فورثته وقال أخوها بل مات الابن أولا فورثته الأم ثم ماتت فورثتها لم يورث ميت من ميت بل يجعل مال الابن للزوج ومال المرأة للزوج والأخ لأنه لا يرث الا من تيقن حياته عند موت مورثه وههنا لا تعرف حياة واحد من الميتين عند موت مورثه فلم يورث أحدهما من الآخر كالغرقى

﴿ فصل ﴾ وان مات رجل وله دار وخلف ابنا وزوجة فادعى الابن أنه تركها ميراثا وادعت الزوجة انه أصدقها الدار وأقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الزوجة على بينة الارث لان بينة الارث تشهد بظاهر الملك المتقدم وبينة الصداق تشهد بأمر حادث على الملك خفي على بينة الارث

﴿ فصل ﴾ وان تداعى رجلان حائطا بين داريهما فان كان مبنيا على تربيع احداهما مساويا لها في السمك والحد ولم يكن بناؤه مخالفا لبناء الدار الأخرى ولم تكن بينة لأحدهما فالقول قول من بنى على تربيع داره لان الظاهر أنه بنى لداره وان كان لأحدهما عليه أزج فالقول قوله لان الظاهر انه بنى للأزج وان كان مطلقا وهو الذي لم يقصد بمسوى السترة ولم تكن بينة حلفا وجعل بينهما لانه متصل بالملكين اتصالا واحدا وان كان لاحدهما عليه جذوع لم يقدم على الآخر بذلك لانهما لو تنازعا فيه قبل وضع الجذوع كان بينهما ووضع الجذوع يجوز أن يكون باذن من الجار أو بقضاء حاكم يرى وضع الجذوع على حائط الجار بغير رضاه فلا نزيل ما تيقناه بأمر محتمل كما لو مات رجل عن دار ثم وجد الدار في يد أجنبي

﴿ فصل ﴾ وان تداعى صاحب السفل وصاحب العلو السقف ولا بينة حلف كل واحد منهما وجعل بينهما لأنه حاجز توسط ملكيهما فكان بينهما كالحائط بين الدارين فان تنازعا في الدرجة فان كان تحتها مسكن فهي بينهما لانهما متساويان في الانتفاع بها وان كان تحتها موضع جب ففيه وجهان أحدهما انهما يحلفان ويجعل بينهما لانهما يرتفقان بها والثاني

(قوله قدحا في البينة) القدح مثل الجرح يقال قدحت في نسبه أي طعنت (قوله أزج) على وزن فعل محرك مخفف. الازج ضرب من الابنية والجمع آزج وآزاج قال الاعشى

بناه سليمان بن داود حقبة ٭ له أزج صم وطيء موثق

ويروى أزج عال وهو كالعقود في محاريب المساجد وبين الاساطين (قوله موضع جب) هو السرداب ووعاء الماء. وقد ذكرنا أن صحن الدار وسطها

أنه يحلف صاحب العلو ويقضى له لأن المقصود بها منفعة صاحب العلو وان تداعيا سلما منصوبا حلف صاحب العلو وقضى له لانه يختص بالانتفاع به فى الصعود وان تداعيا صحن الدار نظرت فان كانت الدرجة فى الصحن حلفا وجعل بينهما لأن لكل واحد منهما يدا عليه وان كانت الدرجة فى الدهليز ففيه وجهان أحدهما أنها بينهما لأن لكل واحد منهما يدا ولهذا لو تنازعا فى أصل الدار كانت بينهما والثانى أنه لصاحب السفل لانها فى يده ولهذا يجوز أن يمنع صاحب العلو من الاستطراق فيها

﴿ فصل ﴾ وان تداعى رجلان مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر حلفا وجعل بينهما لأن فيها منفعة لصاحب النهر لأنها تجمع الماء فى النهر ولصاحب الأرض منها منفعة لأنها تمنع الماء من أرضه

﴿ فصل ﴾ وان تداعى رجلان دابة وأحدهما راكبها والآخر آخذ بلجامها حلف الراكب وقضى له وقال أبو اسحاق رحمه الله هى بينهما لأن كل واحد منهما لو انفرد لكانت له والصحيح هو الأول لأن الراكب هو المنفرد بالتصرف فقضى له وان تداعيا عمامة وفى يد أحدهما منها ذراع وفى يد الآخر الباقى حلفا وجعلت بينهما لأن يد كل واحد منهما ثابتة على العمامة وان تداعيا عبدا ولأحدهما عليه ثياب حلفا وجعل بينهما ولا يقدم صاحب الثياب لأن منفعة الثياب تعود الى العبد لا الى صاحب الثياب

﴿ فصل ﴾ وان كان فى يد رجل عبد بالغ عاقل فادعى انه عبده فان صدقه حكم له بالملك وان كذبه فالقول قوله مع يمينه لأن الظاهر الحرية وان كان طفلا لا يميز فالقول قول المدعى لأنه لا يعبر عن نفسه وهو فى يده فهو كالبهيمة وان بلغ هذا الطفل فقال لست بمملوك لم يقبل قوله لانا حكمنا له بالملك فلا يسقط بانكاره وان جاء رجل فادعى أنه ابنه لم يثبت نسبه بمجرد دعواه لأن فيه اضرارا بصاحب الملك لانه ربما يعتقه فيثبت له عليه الولاء واذا ثبت نسبه من يدعى النسب سقط حق ولائه وان كان مراهقا وادعى أنه مملوكه فأنكر ففيه وجهان أحدهما أنه لا يحكم بالملك لأنه يعبر عن نفسه فلم يحكم بملكه مع انكاره كالبالغ والثانى أنه يحكم له بالملك وهو الصحيح لأنه لا حكم لقوله

﴿ فصل ﴾ وان تداعى الزوجان متاع البيت الذى يسكنانه ولا بينة حلفا وجعل الجميع بينهما نصفين لانه فى يدهما فجعل بينهما كما لو تداعيا الدار التى يسكنان فيها وان تداعى المكرى والمكترى المتاع الذى فى الدار المكراة فالقول قول المكترى لان يده ثابتة على ما فى الدار وان تداعيا سلما غير مسمر فهو للمكترى لانه كالمتاع وان تداعيا سلما مسمرا فالقول قول المكرى لانه من أجزاء الدار وان تداعيا الرفوف المسمرة فالقول قول المكرى لانها متصلة بالدار فصارت كأجزائها وان كانت غير مسمرة فقد قال الشافعى رحمه الله انهما يتحالفان وتجعل بينهما لان الرفوف قد تترك فى العادة وقد تنقل عنها فيجوز أن تكون للمكترى ويجوز أن تكون للمكرى فجعل بينهما

﴿ فصل ﴾ ومن وجب له حق على رجل وهو غير ممتنع من دفعه لم يجز لصاحب الحق أن يأخذ من ماله حقه بغير اذنه لأن الخيار فيما يقضى به الدين الى من عليه الدين ولا يجوز أن يأخذ الا ما يعطيه وان أخذ بغير اذنه لزمه رده فان تلف ضمنه لأنه أخذ مال غيره بغير حق وان كان ممتنعا من أدائه فان لم يقدر على أخذه بالحاكم فله أن يأخذ من ماله لقوله ﷺ لا ضرر ولا اضرار وفى منعه من أخذ ماله فى هذا الحال اضرار به وان كان يقدر على أخذه بالحاكم بأن تكون له عليه بينة ففيه وجهان أحدهما أنه لا يجوز أن يأخذه لأنه يقدر على أخذه بالحاكم فلم يجز أن يأخذه بنفسه والثانى وهو المذهب أنه يجوز لأن هندا قالت يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وانه لا يعطينى ما يكفينى وولدى الا ما آخذه سرا فقال عليه السلام خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف فأذن لها فى الأخذ مع القدرة على الأخذ بالحاكم ولأن عليه فى المحاكمة مشقة فجاز له أخذه فان كان الذى قدر عليه من جنس حقه أخذ قدر حقه وان كان من غير جنسه أخذه ولا يجوز أن يتملكه لأنه من غير جنس ماله فلا يجوز أن يتملكه ولكن

(قوله مسناة) قال الهروى المسناة ضفير يبنى للسيل برده. سميت مسناة لان فيها مفاتيح الماء، يقال سنيت الشيء اذا فتحته قال الشاعر * اذا الله سنى عقد امر تيسرا * وذكر فى مواضع من الكتاب ما يدل أن المسناة تجمع الماء من النهر ولم أضمنه على حقيقة، وقد ذكر أهل التفسير فى قوله تعالى سيل العرم أن العرم المسناة وكان ذلك سدا يجمع فيه ماء السيول (قوله مراهقا) هو الذى قارب الاحتلام وقد ذكر (قوله المتاع الذى فى الدار) هو ههنا الاثاث والات البيت والابنية

يبيعه و يصرف ثمنه فى حقه و فى كيفية البيع وجهان أحدهما انه يواطى رجلا ليقر له بحق وانه ممتنع من أدائه فيبيع الحاكم المال عليه والثانى وهو المذهب انه يبيع المال بنفسه لأنه يتعذر عليه أن يثبت الحق عند الحاكم وانه ممتنع من بيعه فملك بيعه بنفسه فان تلفت العين قبل البيع ففيه وجهان أحدهما انها تتلف من ضمان من عليه الحق ولا يسقط دينه لأنها محبوسة لاستيفاء حقه منها فكان هلاكها من ضمان المالك كالرهن والوجه الثانى أنها تتلف من ضمان صاحب الحق لأنه أخذها بغير اذن المالك فتلفت من ضمانه بخلاف الرهن فانه أخذه باذن المالك فتلف من ضمانه

﴿ باب اليمين فى الدعاوى ﴾

اذا ادعى رجل على رجل حقا فأنكره ولم يكن للمدعى بينة فان كان ذلك فى غير الدم حلف المدعى عليه فان نكل عن اليمين ردت اليمين على المدعى وقد بينا ذلك فى باب الدعاوى وان كانت الدعوى فى دم ولم يكن للمدعى بينة فان كان فى قتل لا يوجب القصاص نظرت فان كان هناك لوث حلف المدعى خمسين يمينا وقضى له بالدية والدليل عليه ما روى سهل بن أبى حثمة أن عبد الله ومحيصة خرجا الى خيبر من جهد أصابهما فأتى محيصة وذكر أن عبد الله طرح فى فقير أو عين ماء فأتى يهودا فقال أنتم والله قتلتموه قالوا والله ما قتلناه فأقبل هو وأخوه حويصة وعبد الرحمن أخو المقتول الى رسول الله ﷺ فذهب محيصة يتكلم فقال رسول الله ﷺ الكبر الكبر فتكلم حويصة ثم تكلم محيصة فقال رسول الله ﷺ اما أن يدوا صاحبكم واما أن يأذنوا بحرب من الله ورسوله فكتب اليهم رسول الله ﷺ ذلك فكتبوا انا والله ما قتلناه فقال رسول الله ﷺ لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن أتحلفون خمسين وتستحقون دم صاحبكم فقالوا لا قال أيحلف لكم يهود قالوا لا ليسوا بمسلمين فوداه رسول الله ﷺ من عنده فبعث اليهم بمائة ناقة قال سهل لقد ركضتنى منها ناقة حمراء ولأن باللوث تقوى جنبة المدعى ويغلب على الظن صدقه فسمعت يمينه كالمدعى اذا شهد له عدل وحلف معه وان كانت الدعوى فى قتل يوجب القود ففيه قولان قال فى القديم يجب القود بأيمان المدعى لأنها حجة يثبت بها قتل العمد فوجب بها القود كالبينة وقال فى الجديد لا يجب لقوله ﷺ اما أن يدوا صاحبكم أو يأذنوا بحرب من الله ورسوله فذكر الدية ولم يذكر القصاص ولأنه حجة لا يثبت بها النكاح فلا يثبت بها القصاص كالشاهد واليمين فان قلنا بقوله القديم وكانت الدعوى على جماعة وجب القود عليهم وقال أبو اسحاق رحمه الله لا يقتل الا واحد يختاره الولى لأنها بينة ضعيفة فلا يقتل بها جماعة وهذا خطأ لأن الجماعة عندنا تقتل بالواحد والقسامة على هذا القول كالبينة فى ايجاب القود فاذا قتل بها الواحد قتل بها الجماعة

﴿ فصل ﴾ وان كان المدعى جماعة ففيه قولان أحدهما أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا لأن ما حلف به الواحد اذا انفرد حلف به كل واحد من الجماعة كاليمين الواحدة فى سائر الدعاوى والقول الثانى أنه يقسط عليهم الخمسون يمينا على قدر مواريثهم لأن ما قسط عليهم ما يجب بأيمانهم من الدية على قدر مواريثهم وجب أن تقسط الأيمان أيضا على قدر مواريثهم وان دخلها كسر جبر الكسر لأن اليمين الواحدة لا تتبعض فكملت فان نكل المدعى عن اليمين ردت اليمين على المدعى

﴿ ومن باب اليمين فى الدعاوى ﴾

اللوث بالفتح القوة . قال الأعشى

بذات لوث عفرناة اذا عثرت ٭ فالتعس أدنى لها من أن يقال لعا

ومنه سمى الأسد ليثا . فاللوث قوة جنبة المدعى ، وأما اللوث بالضم فهو الاسترخاء ، واللوثة مس جنون . وسميت الأيمان ههنا القسامة لتكرارها وكثرتها وان كانت كل يمين قسما . وقيل لأنها تقسم على الأولياء فى الدم (قوله من جهد أصابهما) الجهد بالفتح المشقة وجهد الرجل فهو مجهود من المشقة يقال أصابهم قحط من المطر فجهدوا (قوله طرح فى فقير) الفقير مخرج الماء من القناة وهو حفير كالبئر . وعبد الله بن سهل المقتول وأخوه عبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة ابنا مسعود (قوله الكبر الكبر) معناه ليبدأ الكلام الأكبر وكان عبد الرحمن أصغر من صاحبيه (قوله واما أن يأذنوا بحرب من الله) يأذنوا يعلموا والأذان الاعلام كأنه الايقاع فى الاذن (قوله لحويصة ومحيصة) السماع فيهما بسكون الياء وياء التخفيف . وبرهان الدين بن الحضرمى أسمعناه بكسر الياء و بالتشديد

عليه فيحلف خمسين يمينا لقوله عليه السلام يبرئكم يهود منهم بخمسين يمينا ولأن التغليظ بالعدد لحرمة النفس وذلك يوجد في يمين المدعى والمدعى عليه وان كان المدعى عليه جماعة ففيه قولان أحدهما أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا والثانى ان الخمسين تقسط على عددهم والصحيح من القولين ههنا أن يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا والصحيح من القولين فى المدعين انهم يحلفون خمسين يمينا والفرق بينهما أن كل واحد من المدعى عليه ينفى عن نفسه ما ينفيه لو انفرد وليس كذلك المدعون فان كل واحد منهم لا يثبت لنفسه ما يثبته اذا انفرد

﴿ فصـل ﴾ فأما اذا لم يكن لوث ولا شاهد فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لقوله ﷺ لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه ولأن اليمين انما جعلت فى جنبة المدعى عند اللوث لقوة جنبته باللوث فاذا عدم اللوث حصلت القوة فى جنبة المدعى عليه لأن الاصل براءة ذمته وعدم القتل فعادت اليمين اليه وهل تغلظ بالعدد فيه قولان أحدهما انها لا تغلظ بل يحلف يمينا واحدة وهو اختيار المزنى لانها يمين توجهت على المدعى عليه ابتداء فلم تغلظ بالعدد كما فى سائر الدعاوى والثانى انها تغلظ فيحلف خمسين يمينا وهو الصحيح لأن التغليظ بالعدد لحرمة الدم وذلك موجود مع عدم اللوث فان قلنا انها يمين واحدة فان كان المدعى عليه جماعة حلف كل واحد منهم يمينا واحدة فان نكلوا ردت اليمين على المدعى فان كان واحدا حلف يمينا واحدة وان كانوا جماعة حلف كل واحد منهم يمينا واحدة وان قلنا يغلظ بالعدد وكان المدعى عليه واحدا حلف خمسين يمينا وان كانوا جماعة فعلى القولين أحدهما أنه يحلف كل واحد خمسين يمينا والثانى أنه يقسط على عدد رؤسهم فان نكلوا ردت اليمين على المدعى فان كان واحدا حلف خمسين يمينا وان كانوا جماعة فعلى القولين أحدهما أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا والثانى انه يقسط عليهم خمسون يمينا على قدر مواريثهم من الدية واذا نكل المدعى عليه حلف المدعى وقضى له فان كان فى قتل يوجب المال قضى له بالدية وان كان فى قتل يوجب القصاص وجب القصاص قولا واحدا لأن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة فى أحد القولين وكالاقرار فى القول الآخر والقصاص يجب بكل واحد منهما

﴿ فصل ﴾ وان ادعى القتل على اثنين وعلى أحدهما لوث دون الآخر حلف المدعى على صاحب اللوث لوجود اللوث وحلف الذى لا لوث عليه لعدم اللوث وان ادعى القتل على جماعة لا يصح اشتراكهم على القتل لم تسمع دعواه لانها دعوى محال وان ادعى القتل على ثلاثة وهناك لوث فحضر منهم واحد وغاب اثنان وأنكر الحاضر حلف المدعى خمسين يمينا فان حضر الثانى وأنكر ففيه وجهان أحدهما أنه يحلف عليه خمسين يمينا لانهما لو حضرا ذكر كل واحد منهما فى يمينه فاذا انفرد وجب أن يكرر ذكره والوجه الثانى أنه يحلف خمسا وعشرين يمينا لانهما لو حضرا حلف عليهما خمسين يمينا فاذا انفرد وجب أن يحلف عليه نصف الخمسين فان حضر الثالث وأنكر ففيه وجهان أحدهما أنه يحلف عليه خمسين يمينا والثانى أنه يحلف عليه ثلث خمسين يمينا و يجبر الكسر فيحلف سبع عشرة يمينا وان قال قتله هذا عمدا ولا أعلم كيف قتله الآخران أقسم على الحاضر و وقف الامر الى أن يحضر الآخران فان حضرا وأقرا بالعمد ففى القود قولان وان اقرا بالخطأ وجب على الاول ثلث الدية مغلظة وعلى كل واحد من الآخرين ثلث الدية مخففة وان أنكر القتل ففيه وجهان أحدهما أنه لا يحلف لانه لا يعلم ما يحلف عليه ولا يعلم الحاكم ما يحكم به والثانى وهو قول أبى اسحق أنه يحلف لان جهله بصفة القتل ليس بجهل بأصل القتل فاذا حلف حبس حتى يصف القتل وان قال قتله هذا ونفر لا أعلم عددهم فان قلنا انه لا يجب القود لم يقسم على الحاضر لانه لا يعلم ما يخصه وان قلنا انه يجب القود ففيه وجهان احدهما انه يقسم لان الجماعة تقتل بالواحد فلم يضر الجهل بعددهم والثانى وهو قول ابى اسحق انه لا يقسم لانه ربما عفا عن القود على الدية ولا يعلم ما يخصه منها

﴿ فصل ﴾ واللوث الذى يثبت لأجله اليمين فى جنبة المدعى هو أن يوجد معنى يغلب معه على الظن صدق المدعى فان وجد القتيل

(قوله يبرئكم يهود) أى يحلفون فيبرأون من القتل. يقال برئ من الدين وأبرأته أنا فهو برىء وخلى منه (قوله مغلظة) الغلظ فى الجسم الكثافة والثخونة والامتلاء، وفيما سواه الكثرة. فتغليظ الايمان بكثرة العدد و بالصفات. وتغليظ الدية تكثيرها بالاسنان التى تكثر قيمتها

فى محلة أعدائه لا يخالطهم غيرهم كان ذلك لوثا فيحلف المدعى لان قتيل الانصار وجد فى خيبر وأهلها أعداء للأنصار فجعل النبى ﷺ اليمين على المدعين فصار هذا أصلا لكل من يغلب معه على الظن صدق المدعى فيجعل القول قول المدعى مع يمينه وان كان يخالطهم غيرهم لم يكن لوثا لجواز أن يكون قتله غيرهم وان تفرقت جماعة عن قتيل فى دار أو بستان وادعى الولى أنهم قتلوه فهو لوث فيحلف المدعى أنهم قتلوه لأن الظاهر أنهم قتلوه وان وجد قتيل فى زحمة فهو لوث فان ادعى الولى أنهم قتلوه حلف وقضى له وان وجد قتيل فى أرض وهناك رجل معه سيف مخضب بالدم وليس هناك غيره فهو لوث فان ادعى الولى عليه القتل حلف عليه لأن الظاهر أنه قتله فان كان هناك غيره من سبع أو رجل مول لم يثبت اللوث على صاحب السيف لانه يجوز أن يكون قتله السبع أو الرجل المولى وان تقابلت طائفتان فوجد قتيل من احدى الطائفتين فهو لوث على الطائفة الاخرى فان ادعى الولى أنهم قتلوه حلف وقضى له بالدية لان الظاهر أنه لم تقتله طائفته وان شهد جماعة من النساء أو العبيد على رجل بالقتل نظرت فان جاءوا دفعة واحدة وسمع بعضهم كلام البعض لم يكن ذلك لوثا لانه يجوز أن يكونوا قد تواطأوا على الشهادة وان جاؤا متفرقين واتفقت أقوالهم ثبت اللوث ويحلف الولى معهم وان شهد صبيان أو فساق أو كفار على رجل بالقتل وجاءوا دفعة واحدة وشهدوا لم يكن ذلك لوثا لانه يجوز أن يكونوا قد تواطأوا على الشهادة فان جاءوا متفرقين وتوافقت أقوالهم ففيه وجهان أحدهما أن ذلك لوث لان اتفاقهم على شىء واحد من غير تواطىء يدل على صدقهم والثانى أنه ليس بلوث لانه لا حكم لخبرهم فلو أثبتنا بقولهم لوثا لجعلنا لخبرهم حكما وان قال المجروح قتلنى فلان ثم مات لم يكن قوله لوثا لانه دعوى ولا يعلم بصدقه فلا يجعل لوثا فان شهد عدل على رجل بالقتل فان كانت الدعوى فى قتل يوجب المال حلف المدعى يمينا وقضى له بالدية لان المال يثبت بالشاهد واليمين وان كانت فى قتل يوجب القصاص حلف خمسين يمينا ويجب القصاص فى قوله القديم والدية فى قوله الجديد

(فصل) وان شهد واحد أنه قتله فلان بالسيف وشهد آخر أنه قتله بالعصا لم يثبت القتل بشهادتهما لانه لم تتفق شهادتهما على قتل واحد وهل يكون ذلك لوثا يوجب القسامة فى جانب المدعى قال فى موضع يوجب القسامة وقال فى موضع لا يوجب القسامة واختلف أصحابنا فى ذلك فقال أبو اسحق هو لوث يوجب القسامة قولا واحدا لانهما اتفقا على اثبات القتل وانما اختلفا فى صفته وجعل القول الآخر غلطا من الناقل وقال أبو الطيب بن سلمة وابن الوكيل ان ذلك ليس بلوث ولا يوجب القسامة قولا واحدا لان كل واحد منهما يكذب الآخر فلا يغلب على الظن صدق ما يدعيه والقول الآخر غلط من الناقل ومنهم من قال فى المسئلة قولان أحدهما أنه لوث يوجب القسامة والثانى ليس بلوث ووجههما ما ذكرناه وان شهد واحد أنه قتله فلان وشهد آخر أنه أقر بقتله لم يثبت القتل بشهادتهما لان أحدهما شهد بالقتل والآخر شهد بالاقرار وثبت اللوث على المشهود عليه وتخالف المسئلة قبلها فان هناك كل واحد منهما يكذب الآخر وههنا كل واحد منهما غير مكذب للآخر بل كل واحد منهما يقوى الآخر فيحلف المدعى مع من شاء منهما فان كان القتل خطأ حلف يمينا واحدة وثبتت الدية فان حلف مع من شهد بالقتل وجبت الدية على العاقلة لانها تثبت بالبينة وان حلف مع من شهد بالاقرار وجبت الدية فى ماله لانها تثبت بالاقرار وان كان القتل موجبا للقصاص حلف المدعى خمسين يمينا ووجب له القصاص فى أحد القولين والدية فى الآخر وان ادعى على رجل أنه قتل وليه ولم يقل عمدا ولا خطأ وشهد له بما ادعاه شاهد لم يكن ذلك لوثا لانه لو حلف مع شاهده لم يمكن الحكم بيمينه لانه لا يعلم صفة القتل حتى يستوفى موجبه فسقطت الشهادة وبطل اللوث

(فصل) وان شهد شاهدان أن فلانا قتله أحد هذين الرجلين ولم يعينا ثبت اللوث فيحلف الولى على من يدعى القتل عليه لأنه قد ثبت أن المقتول قتله أحدهما فصار كما لو وجد بينهما مقتول فان شهد شاهد على رجل أنه قتل أحد هذين الرجلين لم يثبت اللوث لأن اللوث ما يغلب معه على الظن صدق ما يدعيه المدعى ولا يعلم أن الشاهد لمن شهد من الوليين فلا يغلب على الظن صدق واحد من الوليين فلم يثبت فى حقه لوث وان ادعى أحد الوارثين قتل مورثه على رجل فى موضع اللوث وكذبه الآخر سقط حق المكذب من القسامة وهل يسقط اللوث فى حق المدعى فيه قولان أحدهما أنه لا يسقط فيحلف ويستحق نصف الدية

(قوله تواطأوا على الشهادة) توافقوا

وهو اختيار المزني لأن القسامة مع اللوث كاليمين مع الشاهد ثم تكذيب أحد الوارثين لا يمنع الآخر من أن يحلف مع الشهادة فكذلك تكذيب أحد الوارثين لا يمنع الآخر من أن يقسم مع اللوث والقول الثاني أنه يسقط لان اللوث يدل على صدق المدعي من جهة الظن وتكذيب المنكر يدل على كذب المدعي من جهة الظن فتعارضا وسقطا وبقي القتل بغير لوث فيحلف المدعى عليه على ماذكرناه وان قال أحد الابنين قتل أبي زيد ورجل آخر لا أعرفه وقال الآخر قتله عمرو ورجل آخر لا أعرفه أقسم كل واحد على من عينه ويستحق عليه ربع الدية لأن كل واحد منهما غير مكذب للآخر لجواز أن يكون الآخر هو الذي ادعى عليه أخوه فان رجعا وقال كل واحد منهما علمت أن الآخر هو الذي ادعى عليه أخي أقسم كل واحد منهما على الذي ادعى عليه أخوه ويستحق عليه ربع الدية وان قال كل واحد منهما علمت أن الآخر غير الذي ادعى عليه أخي صار كل واحد منهما مكذبا للآخر فان قلنا ان تكذيب أحدهما لا يسقط اللوث أقسم كل واحد منهما على الذي عينه ثانيا واستحق عليه ربع الدية وان قلنا ان التكذيب يسقط اللوث بطلت القسامة فان أخذ شيئا رده ويكون القول قول المدعى عليه مع يمينه وان ادعى القتل على رجل عليه لوث فجاء آخر وقال أنا قتلته ولم يقتله هذا لم يسقط حق المدعي من القسامة باقراره واقراره على نفسه لا يقبل لأن صاحب الدم لا يدعيه وهل للمدعي أن يرجع ويطالب المقر بالدية فيه قولان أحدهما أنه ليس له مطالبته لأن دعواه على الاول ابراء لكل من سواه والثاني أن له أن يطالب لان دعواه على الاول باللوث من جهة الظن والاقرار يقين فجاز أن يترك الظن ويرجع الى اليقين وان ادعى على رجل قتل العمد فقيل له صف العمد ففسره بشبه العمد فقد نقل المزني أنه لا يقسم وروى الربيع أنه يقسم فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما أنه لا يقسم لأن بقوله قتله عمدا أبرأ العاقلة وبتفسيره أبرأ القاتل والقول الثاني أنه يقسم وتجب الدية على العاقلة لأن المعول على التفسير وقد فسر بشبه العمد ومنهم من قال يقسم قولا واحدا لما بيناه وقوله لا يقسم معناه لا يقسم على ما ادعاه

(فصل) وان كانت الدعوى في الجناية على الطرف ولم تكن شهادة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لأن اللوث قضي به في النفس بحرمة النفس فلا يقضى به في الطرف كالكفارة وهل تغلظ اليمين فيه بالعدد فيه قولان أحدهما لا تغلظ لأنه يسقط فيه حكم اللوث فسقط فيه حكم التغليظ بالعدد والثاني أنه تغلظ بالعدد لأنه يجب فيه القصاص والدية المغلظة فوجب فيه تغليظ اليمين فان قلنا لا تغلظ حلف المدعى عليه يمينا واحدة وان قلنا تغلظ فان كان في جناية توجب دية كاملة كاليدين غلظ بخمسين يمينا وان كان فيما لا توجب دية كاملة كاليد الواحدة ففي قدر التغليظ قولان أحدهما أنه يغلظ بخمسين يمينا لأن التغليظ لحرمة الدم وذلك موجود في اليد الواحدة والثاني أنه تغلظ بحصته من الدية لان ديته دون دية النفس فلم تغلظ بما تغلظ به في النفس

(فصل) فان كانت الدعوى في قتل عبد وهناك لوث ففيه طريقان أحدهما أنه يبنى ذلك على أن العاقلة هل تحمل قيمته بالجناية فان قلنا تحمل العاقلة قيمته ثبتت فيه القسامة للسيد وان قلنا لا تحمل لم تثبت القسامة والثاني وهو قول أبي العباس ان للسيد القسامة قولا واحدا لأن القسامة لحرمة النفس فاستوى فيه الحر والعبد كالكفارة فان قلنا ان السيد يقسم أقسم المكاتب في قتل عبده فان لم يقسم حتى عجز عن أداء الكتابة أقسم المولى وان قتل عبد وهناك لوث ووصى مولاه بقيمته لأم ولده ولم يقسم السيد حتى مات ولم تقسم الورثة فهل تقسم أم الولد فيه قولان أحدهما تقسم والثاني لا تقسم كما قلنا في غرماء الميت اذا كان له دين وله شاهد ولم تحلف الورثة ان الغرماء يقسمون في أحد القولين ولا يقسمون في الآخر وقد بيناذلك في التفليس

(فصل) وان قتل مسلم وهناك لوث فلم يقسم وليه حتى ارتد المدعي لم يقسم لانه اذا أقدم على الردة وهي من أكبر الكبائر لم يؤمن أن يقدم على اليمين الكاذبة فان أقسم صحت القسامة وقال المزني رحمه الله لا تصح لأنه كافر فلا يصح يمينه بالله وهذا خطأ لأن القصد بالقسامة اكتساب المال والمرتد من أهل الاكتساب فاذا أقسم وجب القصاص لوارثه أو الدية فان رجع الى الاسلام كان له وان مات على الردة كان ذلك لبيت المال فيئا وقال أبو على ابن خيران وأبو حفص بن الوكيل يبنى وجوب الدية بقسامته على حكم ملكه فان قلنا ان ملكه لا يزول بالردة أو قلنا انه موقوف فعاد الى الاسلام ثبتت الدية وان قلنا ان ملكه

(قوله لان المعول) اى المعتمد، والعرب تقول عولت عليه في الامر اى استعنت به فيه واعتمدت عليه

يزول بالردة أوقلنا انه موقوف فلم يسلم حتى مات لم تثبت الدية وهذا غلط لأن اكتسابه للمال يصح على الأقوال كلها وهذا اكتساب

﴿فصل﴾ ومن توجهت عليه يمين فى دم غلظ عليه فى اليمين لما روى أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه مر بقوم يحلفون بين الركن والمقام فقال أعلى دم قيل لا قال أفعلى عظيم من المال قيل لا قال لقد خشيت أن يبهأ الناس بهذا المقام وان كانت اليمين فى نكاح أوطلاق أوحد قذف أوغيرها مما ليس بمال ولا المقصود منه المال غلظ لأنه ليس بمال ولا المقصود منه المال فغلظ اليمين فيه كالدم وان كانت اليمين فى مال أو ما يقصد به المال فان كان يبلغ عشرين مثقالا غلظ وان لم يبلغ ذلك لم يغلظ لأن عبد الرحمن بن عوف فرق بين المال العظيم و بين ما دونه فان كانت اليمين فى دعوى عتق فان كان السيد هو الذى يحلف فان كانت قيمة العبد تبلغ عشرين مثقالا غلظ اليمين وان لم تبلغ عشرين مثقالا لم يغلظ لأن المولى يحلف لاثبات المال ففرق بين القليل والكثير كأروش الجنايات فان كان الذى يحلف هو العبد غلظ قلت قيمته أوكثرت لأنه يحلف لاثبات العتق والعتق ليس بمال ولا المقصود منه المال فلم تعتبر قيمته كدعوى القصاص ولا فرق بين أن يكون فى طرف قليل الارش أو فى طرف كثير الارش

﴿فصل﴾ والتغليظ قد يكون بالزمان و بالمكان وفى اللفظ فأما التغليظ بالمكان ففيه قولان أحدهما أنه يستحب والثانى أنه واجب وأما التغليظ بالزمان فقد ذكر الشيخ أبو حامد الاسفراينى رحمه الله أنه يستحب وقد بينا ذلك فى اللعان وقال أكثر أصحابنا ان التغليظ بالزمان كالتغليظ بالمكان وفيه قولان وأما التغليظ باللفظ فهو مستحب وهو أن يقول والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية لما روى أن النبى ﷺ أحلف رجلا فقال قل والله الذى لا اله الا هو ولأن القصد باليمين الزجر عن الكذب وهذه الالفاظ أبلغ فى الزجر وأمنع من الاقدام على الكذب وان اقتصر على قوله والله أجزأه لان النبى ﷺ اقتصر فى احلاف ركانة على قوله والله وان اقتصر على صفة من صفات الذات كقوله وعزة الله أجزأه لانها بمنزلة قوله والله فى الحنث فى اليمين وايجاب الكفارة وان حلف بالمصحف وما فيه من القرآن فقد حكى الشافعى رحمه الله عن مطرف أن ابن الزبير كان يحلف على المصحف قال ورأيت مطرفا بصنعاء يحلف على المصحف قال الشافعى وهو حسن ولان القرآن من صفات الذات ولهذا يجب بالحنث فيه الكفارة وان كان الحالف يهوديا أحلفه بالله الذى أنزل التوراة على موسى ونجاه من الغرق وان كان نصرانيا أحلفه بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى وان كان مجوسيا أو وثنيا أحلفه بالله الذى خلقه وصوره

﴿فصل﴾ ولا يصح اليمين فى الدعوى الا أن يستحلفه القاضى لان ركانة بن عبد يزيد قال لرسول الله ﷺ يارسول الله انى طلقت امرأتى سهيمة ألبتة والله ما أردت الا واحدة فقال رسول الله ﷺ والله ما أردت الا واحدة قال ركانة والله ما أردت الا واحدة ولان الاعتبار بنية الحاكم فاذا حلف من غير استحلافه نوى ما لا يحنث به فيجعل ذلك طريقا الى ابطال الحقوق وان وصل بيمينه استثناء أو شرطا أو وصله بكلام لم يفهمه أعاد عليه اليمين من أولها وان كان الحالف أخرس ولا يفهم اشارته وقف الامر الى أن يفهم اشارته فان طلب المدعى أن يرد اليمين عليه لم يرد اليمين عليه لان رد اليمين يتعلق بنكول المدعى عليه ولا يوجد النكول فان كان الذى عليه اليمين حلف بالطلاق أنه لا يحلف بيمين مغلظة فان كان التغليظ مستحقا عليه لزمه أن يحلف واوان حنث فى يمينه بالطلاق كما لوحلف بالطلاق أنه لا يحلف عند القاضى فان امتنع جعل ناكلا ورددت اليمين على خصمه وان كان التغليظ غير مستحق لم يلزمه أن يحلف يمينا مغلظة وان امتنع من التغليظ لم يجعل ناكلا

﴿فصل﴾ وان حلف على فعل نفسه فى نفى أو اثبات حلف على القطع لان علمه يحيط بحاله فيما فعل وفيما لم يفعل وان حلف على فعل غيره فان كان فى اثبات حلف على القطع لان له طريقا الى العلم بما فعل غيره وان كان على نفى حلف على نفى العلم فيقول والله لا أعلم أن أبى أخذ منك مالا ولا أعلم أن أبى أبرأك من دينه لانه لا طريق له الى القطع بالنفى فلم يكلف اليمين عليه

(قوله لقد خشيت أن يبهأ الناس) أى يأنسوا به فتقل هيبته عندهم فيتهاونوا به و يحتقروه وقد ذكر (قوله من صفات الذات) أى حقيقته وثبوت وجوده فى النفس من غير صورة ولا شخص ولا مثال

﴿فصل﴾ وان ادعى عليه دين من بيع أو قرض فأجاب بأنه لا يستحق عليه شيء ولم يتعرض للبيع والقرض لم يحلف الا على ما أجاب ولا يكلف أن يحلف على نفي البيع والقرض لانه يجوز أن يكون قد استقرض منه أو ابتاع ثم قضاه أو أبرأه منه فاذا حلف على نفي البيع والقرض حلف كاذبا وان أجاب بأنه ما باعنى ولا أقرضنى ففي الاحلاف وجهان أحدهما أنه يحلف أنه لا يستحق عليه شيء ولا يكلف أن يحلف على نفي البيع والقرض لما ذكرناه من التعليل والثانى أنه يحلف على نفي البيع والقرض لانه نفى ذلك فى الجواب فلزمه أن يحلف على النفي فان ادعى رجل على رجل ألف درهم فأنكر حلف أنه لا يستحق عليه ما يدعيه ولا شيئا منه فان حلف انه لا يستحق عليه الالف لم يجزه لان يمينه على نفي الالف لا يمنع وجوب بعضها

﴿فصل﴾ وان كان لجماعة على رجل حق فوكلوا رجلا فى استحلافه لم يجز أن يحلف لهم يمينا واحدة لأن لكل واحد منهم عليه يمينا فلم تتداخل فان رضوا بأن يحلف لهم يمينا واحدة ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز كما يجوز أن يثبت ببينة واحدة حقوق الجماعة والثانى وهو المذهب أنه لا يجوز لان القصد من اليمين الزجر وما يحصل من الزجر بالتفريق لا يحصل بالجمع فلم يجز وان رضوا كما لو رضيت المرأة أن يقتصر الزوج فى اللعان على شهادة واحدة

كتاب الشهادات

تحمل الشهادة وأداؤها فرض لقوله عز وجل ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه قال ابن عباس رضى الله عنه من الكبائر كتمان الشهادة لان الله تعالى يقول ومن يكتمها فانه آثم قلبه فهى فرض على الكفاية فان قام بها من فيه كفاية سقط الفرض عن الباقين لان المقصود بها حفظ الحقوق وذلك يحصل ببعضهم وان كان فى موضع لا يوجد فيه غيره ممن يقع به الكفاية تعين عليه لانه لا يحصل المقصود الا به فتعين عليه ويجب الاشهاد على عقد النكاح وقد بيناه فى النكاح وهل يجب على الرجعة فيه قولان وقد بيناهما فى الرجعة وأما ما سوى ذلك من العقود كالبيع والاجارة وغيرها فالمستحب أن يشهد عليه لقوله تعالى وأشهدوا اذا تبايعتم ولا يجب لما روى أن النبى ﷺ ابتاع من أعرابى فرسا فجحده فقال النبى ﷺ من يشهد لى فقال خزيمة بن ثابت الأنصارى أنا أشهد لك قال لم تشهد ولم تحضر فقال نصدقك على أخبار السماء ولا نصدقك على أخبار الارض فسماه النبى ﷺ ذا الشهادتين

﴿فصل﴾ ومن كانت عنده شهادة فى حد لله تعالى فالمستحب أن لا يشهد به لانه مندوب الى ستره ومأمور بدرئه فان شهد به جاز لانه شهد أبو بكرة ونافع وشبل بن معبد على المغيرة بن شعبة بالزنا عند عمر رضى الله عنه فلم ينكر عمر ولا غيره من الصحابة عليهم ذلك ومن كانت عنده شهادة لآدمى فان كان صاحبها يعلم بذلك لم يشهد قبل أن يسأل لقوله عليه السلام خير الناس قرنى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد وان كان صاحبها

﴿ومن كتاب الشهادات﴾

أصل الشهادة الحضور من قولهم شهد المكان وشهد الحرب أى حضرها. والمشاهدة المعاينة مع الحضور. والشهادة خبر قطع بما حضر وعاين ثم قد يكون بما علم واستفاض، وقيل ان الشهادة مأخوذة من العلم من قوله تعالى شهد الله قيل علم و بين كأن الشاهد يبين ما يوجب حكم الحاكم (قوله شهد أبو بكرة ونافع) وزياد هم اخوة أمهم سمية جارية للحارث بن كلدة الثقفى وكان أبو بكرة ينسب فى الموالى، قال البيهقى أبو بكرة بن مسروح وقيل اسمه نفيع بن الحارث، ونافع ينسب الى الحارث وزياد ينسب الى أبى سفيان بن حرب وصدقه معاوية رضى الله عنه وانتفى عن أبيه عبيل زوج سمية أمه فهجره أخوه أبو بكرة الى أن مات حين انتسب الى الزانى وصدق أن أمه زنت لان أبا سفيان زعم أنه زنى بأمه فى الجاهلية (قوله خير الناس قرنى) القرن من الناس أهل زمان واحد واشتقاقه من الاقران وكل طبقة مقترنين فى وقت فهم قرن قال

اذا ذهب القرن الذى أنت منهم * وخلفت فى قرن فأنت غريب

والقرن مثلك فى السن تقول هذا على قرنى أى على سنى (قوله ثم يفشو) أى يكثر و ينتشر من فشا المال اذا تناسل وكثر، وفشا الخبر أيضا اذا ذاع

لا يعلم شهد قبل أن يسأل لما روى زيد بن خالد رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال خير الشهود الذى يأتى بالشهادة قبل أن يسألها

﴿فصل﴾ ولا يجوز لمن تعين عليه فرض الشهادة أن يأخذ عليها أجرة لانه فرض تعين عليه فلم يجز أن يأخذ عليه أجرة كسائر الفرائض ومن لم يتعين عليه ففيه وجهان أحدهما أنه يجوز له أخذ الأجرة لانه لا يتعين عليه فجاز أن يأخذ عليه أجرة كما يجوز على كتب الوثيقة والثانى أنه لا يجوز لانه تلحقه التهمة بأخذ العوض

﴿ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ﴾

لا تقبل شهادة الصبي لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان والصبى ليس من الرجال ولما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولانه اذا لم يؤتمن على حفظ أمواله فلأن لا يؤتمن على حفظ حقوق غيره أولى ولا تقبل شهادة المجنون للخبر والمعنى الذى ذكرناه ولا تقبل شهادة المغفل الذى يكثر منه الغلط لانه لا يؤمن أن يغلط فى شهادته وتقبل الشهادة ممن يقل منه الغلط لان أحدا لا ينفك من الغلط واختلف أصحابنا فى شهادة الأخرس فنهم من قال تقبل لان اشارته كعبارة الناطق فى نكاحه وطلاقه فكذلك فى الشهادة ومنهم من قال لا تقبل لان اشارته أقيمت مقام العبارة فى موضع الضرورة وهو فى النكاح والطلاق لانها لا تستفاد الامن جهته ولا ضرورة بنا الى شهادته لأنها تصح من غيره بالنطق فلا تجوز باشارته

﴿ فصل ﴾ ولا تقبل شهادة العبد لانها أمر لا يتبعض بنى على التفاضل فلم يكن للعبد فيه مدخل كالميراث والرجم ولا تقبل شهادة الكافر لما روى معاذ رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ لا تجوز شهادة أهل دين على أهل دين آخر الا المسلمين فانهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم ولانه اذا لم تقبل شهادة من يشهد بالزور على الآدمى فلأن لا تقبل شهادة من شهد بالزور على الله تعالى أولى ولا تقبل شهادة فاسق لقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على مافعلتم نادمين فان ارتكب كبيرة كالغصب والسرقة والقذف وشرب الخمر فسق وردت شهادته سواء فعل ذلك مرة أو تكرر منه والدليل عليه قوله عز وجل والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون وروى أن النبى ﷺ قال لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر على أخيه فورد النص فى القذف والزنا وقسنا عليهما سائر الكبائر ولان من ارتكب كبيرة ولم يبال شهد بالزور ولم يبال وان تجنب الكبائر وارتكب الصغائر فان كان ذلك نادرا من أفعاله لم يفسق ولم ترد شهادته وان كان ذلك غالبا فى أفعاله فسق وردت شهادته لانه لا يمكن رد شهادته بالقليل من الصغائر لانه لا يوجد من يمحض الطاعة ولا يخلطها بمعصية ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم مامنا الامن عصى أوهم بمعصية الا يحيى ابن زكريا ولهذا قال الشاعر

من لك بالمحض وليس محض * يخبث بعض و يطيب بعض

﴿ ومن باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ﴾

(قوله واستشهدوا شهيدين من رجالكم) يقال أشهدت واستشهدت بمعنى واحد. والشهيد والشاهد سواء بمعنى كالعالم والعليم. ويجمع على أشهاد وشهداء وشهود وشهد. سمى خزيمة بن ثابت ذا الشهادتين لانه حكم بشهادته وحده وأقام شهادته مقام شاهدين (قوله المغفل) الذى تكثر منه الغفلة وليس بمتيقظ ولا ذاكر (قوله لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة) الخائن الذى اؤتمن فأخذ أمانته وقد وهم من قال هو السارق وقد تقع الخيانة فى غير المال وذلك بأن يستودع سرا فيفشيه أو يؤمن على حكم فلا يعدل فيه (قوله ولا ذى غمر) الغمر الحقد والغل، وقد غمر صدره على بالكسر يغمر غمرا وغمراء عن يعقوب (قوله شهد بالزور) الزور الكذب وأصله الميل كأنه مال عن الصدق الى الكذب ومنه قوله تعالى وترى الشمس اذا طلعت تزاور عن كهفهم. وقيل هو مشتق من قولهم زورت فى نفسى حديثا أصلحته وهيأته كأن شاهد الزور قد زور الشهادة فى نفسه وهيأها ولم يسمع ولم ير (قوله يمحض الطاعة) أى يخلصها والمحض الخالص من كل شىء (قوله يخبث بعض) الخبيث ضد الطيب وقد خبث خباثة وخبثا

ولا يمكن قبول الشهادة مع الكثير من الصغائر لان من استجاز الاكثار من الصغائر استجاز أن يشهد بالزور فعلقنا الحكم على الغالب من أفعاله لان الحكم للغالب والنادر لاحكم له ولهذا قال الله تعالى فمن ثقلت موازينه فأولئك هم المفلحون ومن خفت موازينه فأولئك الذين خسروا أنفسهم في جهنم خالدون

﴿فصل﴾ ولا تقبل شهادة من لا مروءة له كالقوال والرقاص ومن يأكل في الأسواق ويمشي مكشوف الرأس في موضع لا عادة له في كشف الرأس فيه لان المروءة هي الانسانية وهي مشتقة من المرء ومن ترك الانسانية لم يؤمن أن يشهد بالزور ولان من لا يستحي من الناس في ترك المروءة لم يبال بما يصنع والدليل عليه ماروى أبو مسعود البدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى اذا لم تستحي فاصنع ماشئت واختلف أصحابنا في أصحاب الصنائع الدنيئة اذا حسنت طريقتهم في الدين كالكناس والدباغ والزبال والنخال والحجام والقيم بالحمام فمنهم من قال لا تقبل شهادتهم لدناءتهم ونقصان مروءتهم ومنهم من قال تقبل شهادتهم لقوله تعالى ان أكرمكم عند الله أتقاكم ولان هذه صناعات مباحة وبالناس اليها حاجة فلم ترد بها الشهادة

﴿فصل﴾ ويكره اللعب بالشطرنج لأنه لعب لا ينتفع به في أمر الدين ولا حاجة تدعو اليه فكان تركه أولى ولا يحرم لأنه روى اللعب به عن ابن عباس وابن الزبير وأبي هريرة وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم وروى عن سعيد بن جبير أنه كان يلعب به استدبارا ومن لعب به من غير عوض ولم يترك فرضا ولا مروءة لم ترد شهادته وان لعب به على عوض نظرت فان أخرج كل واحد منهما مالا على أن من غلب منهما أخذ المالين فهو قمار تسقط به العدالة وترد به الشهادة لقوله تعالى انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه والميسر القمار وان أخرج أحدهما مالا على أنه ان غلب أخذ ماله وان غلبه صاحبه أخذ المال لم يصح العقد لأنه ليس من آلات الحرب فلا يصح بذل العوض فيه ولا ترد به الشهادة لانه ليس بقمار لان القمار أن لا يخلو أحد من أن يغنم أو يغرم وههنا أحدهما يغنم ولا يغرم وان اشتغل به عن الصلاة في وقتها مع العلم فان لم يكثر ذلك منه لم ترد شهادته وان أكثر منه ردت شهادته لانه من الصغائر ففرق بين قليلها وكثيرها فان ترك فيه المروءة بأن يلعب به على طريق أو تكلم في لعبه بما يسخف من الكلام أو اشتغل بالليل والنهار ردت شهادته لترك المروءة

﴿فصل﴾ ويحرم اللعب بالنرد وترد به الشهادة وقال أبو اسحق رحمه الله هو كالشطرنج وهذا خطأ لما روى أبو موسى الأشعري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله وروى بريدة رضي الله

(قوله من استجاز) أي رآه جائزا سائغا يقال جوز له ماصنع وأجازه له أي سوغ له ذلك. والمروءة تهمز وتخفف ويجوز التشديد وترك الهمزة فيها وهي الانسانية كما ذكر، قال أبو زيد مرؤ الرجل صار ذا مروءة، فهو مريء على فعيل وتمرأ تكلف المروءة (قوله اذا لم تستحي فاصنع ماشئت) معناه انما يمنع من فعل السوء والقبيح الحياء فاذا عدم الحياء لم يمنعه منه مانع. وقيل معناه اذا لم تستحي صنعت ماشئت وقيل اصنع ماشئت فأنت مجازى (قوله الصنائع الدنيئة) هي الخسيسة مأخوذة من الدنى، وهو الخسيس مهموز، وقد دنأ الرجل اذا صار دنيئا لا خير فيه (قوله والزبال) الذي يحمل الزبل وهو السرجين وموضعه المزبلة، والنخال هو الذي ينخل التراب يلتمس فيه الشيء التافه. والشطرنج بكسر الشين في اللغة الفصيحة (قوله يلعب به استدبارا) الاستدبار خلاف الاستقبال أي يجعله خلف ظهره (قوله تكلم في لعبه بما يسخف) هو الكلام القذع الساقط. وأصل السخف رقة العقل. وقد سخف الرجل بالضم سخافة فهو سخيف. ويحرم اللعب بالنرد، ليس النرد بعربي وصورته أن يكون ثلاثون بندقا مع كل واحد من اللاعبين خمسة عشر ويكون فيه ثلاث كعاب مربعة تكون في أرباع كل واحدة في ربع ست نقط وفي المقابلة نقطة وفي الربع الثاني خمس نقط وفي المقابلة نقطتان وفي الربع الثالث أربع نقط وفي المقابلة ثلاث نقط. والاربعة عشر هي قطعة من خشب يحفر فيها ثلاثة أسطر فيجعل في تلك الحفر حصى صغار يلعبون بها ذكره في البيان. ويحرم اللعب بالأربعة عشر هي اللعبة التي تسميها العامة شاردة وهو أربعة عشر بالفارسية لان شار أربعة وده عشرة بلغتهم وهو حفيرات تجعل في لوح سطرا في أحد جانبيه وسطرا في الجانب الآخر وتجعل في الحفر حصى صغار يلعبون بها. وقال في الشامل ثلاثة أسطر

عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من لعب بالنرد فكأنما غمس يده فى لحم الخنزير ودمه ولان المعول فيه على ما يخرجه الكعبان فشابه الازلام ويخالف الشطرنج فان المعول فيه على رأيه ويحرم اللعب بالأربعة عشر لان المعول فيها على ما يخرجه الكعبان فحرم كالنرد

﴿فصل﴾ ويجوز اتخاذ الحمام لما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن رجلا شكى الى النبى ﷺ الوحشة فقال اتخذ زوجا من حمام ولان فيه منفعة لانه يأخذ بيضه وفرخه ويكره اللعب به لما روى أن النبى ﷺ رأى رجلا يسعى بحمامة فقال شيطان يتبع شيطانة وحكمه فى رد الشهادة حكم الشطرنج وقد بيناه

﴿فصل﴾ ومن شرب قليلا من النبيذ لم يفسق ولم ترد شهادته ومن أصحابنا من قال ان كان يعتقد تحريمه فسق وردت شهادته والمذهب الاول لان استحلال الشىء أعظم من فعله بدليل أن من استحل الزنا كفر ولو فعله لم يكفر فاذا لم ترد شهادة من استحل القليل من النبيذ فلأن لا ترد بشربه أولى ويجب عليه الحد وقال المزنى رحمه الله لا يجب كما لا ترد شهادته وهذا خطأ لان الحد للردع والنبيذ كالخمر فى الحاجة الى الردع لانه يشتهى كما يشتهى الخمر ورد الشهادة لارتكاب كبيرة لانه اذا أقدم على كبيرة أقدم على شهادة الزور وشرب النبيذ ليس بكبيرة لانه مختلف فى تحريمه وليس من أقدم على مختلف فيه أقدم على شهادة الزور وهى من الكبائر

﴿فصل﴾ ويكره الغناء وسماعه من غير آلة مطربة لما روى ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم قال الغناء ينبت النفاق فى القلب كما ينبت الماء البقل ولا يحرم لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم مر بجارية لحسان بن ثابت وهى تقول

هل على ويحكما ۞ ان لهوت من حرج

فقال النبى ﷺ لا حرج ان شاء الله وروت أم المؤمنين عائشة رضى الله عنها قالت كان عندى جاريتان تغنيان فدخل أبو بكر رضى الله عنه فقال مزمار الشيطان فى بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله ﷺ دعهما فانها أيام عيد فان غنى لنفسه أو سمع غناء جاريته ولم يكثر منه لم ترد شهادته لان عمر رضى الله عنه كان اذا دخل فى داره يترنم بالبيت والبيتين واستؤذن عليه لعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه وهو يترنم فقال أسمعتنى يا عبد الرحمن قال نعم قال انا اذا خلونا فى منازلنا نقول كما يقول الناس وروى عن أبى الدرداء رضى الله عنه وهو من زهاد الصحابة وفقهائها أنه قال انى لأجم قلبى شيئا من الباطل لأستعين به على الحق فأما اذا أكثر من الغناء أو اتخذه صنعة يغشاه الناس للسماع

(قوله من غير آلة مطربة) قد ذكرنا أن الطرب خفة تصيب الانسان لشدة حزن أو سرور قال الشاعر

وأرانى طربا فى اثرهم ۞ طرب الواله أو كالمختبل

وبيت الجارية التى تنشد

هل على ويحكما ۞ ان لهوت من حرج

فقال لا حرج ان شاء الله. قال ابن الانبارى فى الويح قولان قال أهل التفسير الويح الرحمة وقالوا حسن أن يقول الرجل لمن يخاطبه ويحك والثانى قاله الفراء الويح والويس كنايتان عن الويل. ومعنى ويحك وويلك بمنزلة قول العرب قاتعه الله كناية عن قولهم قاتله الله. وكنى آخرون فقالوا كاتعه الله. وقال غيره ويح كلمة رحمة ضد ويل كلمة عذاب. وقال اليزيدى هما بمعنى واحد يقال ويح لزيد وويل لزيد برفعهما على الابتداء ولك أن تقول ويحا لزيد وويلا لزيد فتنصبهما باضمار فعل كأنك قلت ألزمه الله ويحا وويلا (قوله لا حرج) أى لا ضيق أو لا اثم وقد ذكر (قوله يترنم بالبيت والبيتين) الرنم بالتحريك الصوت وقد رنم بالكسر وترنم اذا رجع صوته. والترنيم مثله وترنم الطائر فى هديره. وقيل ان البيت الذى أنشده عمر رضى الله عنه

وان ثوائى بالمدينة بعدما ۞ قضى وطرا منها جميل بن معمر

أراد جميل بن معمر الجمحى لا العذرى فانه متأخر (قوله انى لأجم قلبى) أى أريحه. والجمام بالفتح الراحة يقال جم الفرس جما وجماما اذا ذهب اعياؤه وكذلك اذا ترك الضراب يجم ويجم وأجم الفرس اذا ترك أن يركب. وقيل يجمعه ويكمل صلاحه ونشاطه يقال جم الماء يجم اذا زاد. وجم الفرس اذا زاد جريه

أو يدعى الى المواضع ليغني ردت شهادته لأنه سفه وترك المروءة وان اتخذ جارية ليجمع الناس لسماعها ردت شهادته لانه سفه وترك مروءة ودناءة

﴿ فصل ﴾ ويحرم استعمال الآلات التى تطرب من غير غناء كالعود والطنبور والمعزفة والطبل والمزمار والدليل عليه قوله تعالى ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله قال ابن عباس انها الملاهي وروى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله حرم على أمتي الخمر والميسر والمزر والكوبة والقنين فالكوبة الطبل والقنين البربط وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال تمسخ أمة من أمتي بشربهم الخمر وضربهم بالكوبة والمعازف ولانها تطرب وتدعو الى الصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة والى اتلاف المال فحرم كالخمر ويجوز ضرب الدف فى العرس والختان دون غيرهما لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف ويكره القضيب الذي يزيد الغناء طربا ولا يطرب اذا انفرد لانه تابع للغناء فكان حكمه حكم الغناء وأما رد الشهادة فما حكمنا بتحريمه من ذلك فهو من الصغائر فلا ترد الشهادة بما قل منه وترد بما كثر منه كما قلنا فى الصغائر وما حكمنا بكراهيته واباحته فهو كالشطرنج فى رد الشهادة وقد بيناه

﴿ فصل ﴾ وأما الحداء فهو مباح لما روى ابن مسعود رضى الله عنه قال كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة نام بالوادى حاديان ورت عائشة رضى الله عنها قالت كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر وكان عبد الله بن رواحة جيد الحداء وكان مع الرجال وكان أنجشة مع النساء فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن رواحة حرك بالقوم فاندفع يرتجز فتبعه أنجشة فاعنقت الابل فى السير فقال النبي ﷺ يا أنجشة رويدك رفقا بالقوارير ويجوز استماع نشيد الاعرابى لما روى عمرو بن

(قوله المعزفة) بكسر الميم من آلات الملاهي. والمعازف الملاهي. والعزيف صوت الجن يعزف عزيفا (قوله لهو الحديث) فسر بالغناء وسمى لهوا لانه يلهى عن ذكر الله تعالى يقال لهوت عن الشيء اذا أعرضت عنه (قوله ان الله حرم على أمتي الخمر والميسر والمزر والكوبة والقنين) الخمر يكون من العنب ويقال لما سواها مجازا واتساعا. والميسر القمار وقد ذكر والمزر خمرة الذرة وأما الكوبة والقنين فقد فسرهما الشيخ فى الكتاب وفسر القنين بالبربط وهو عود الغناء قال الزمخشري القنين بوزن السكيت الطنبور عن ابن الاعرابى وقن اذا ضرب به يقال قنته بالعصا قنا اذا ضربته قال وقيل لعبة للروم يتقامرون بها وهو قول ابن قتيبة قال ابن الاعرابى وهو الطنبور بالحبشة والكوبة النرد ويقال الطبل وقال فى الوسيط هو طبل المخنثين دقيق الوسط غليظ الطرفين وقال الجوهري الكوبة الطبل الصغير المخصر وهو قريب مما قال فى الوسيط وقال فى العين هن قصبات يجمعن فى قطعة من أديم ويخرز عليهن ثم ينفخ فيها اثنان يزمران فيها وسميت كوبة لان بعضها كوتب على بعض أى ألزم (قوله تمسخ) المسخ تحويل صورة الى ماهو أقبح منها يقال مسخه الله قردا والمسيخ من الرجال الذى لا ملاحة له ومن اللحم الذى لا طعم له (قوله أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف) الاعلان والعلانية ضد الاسرار وهو اظهار الشىء وترك اخفائه ليخالف الزنا الذى عادته أن يستتر به ويخفى والدف بالضم وحكى أبو عبيد أن الفتح فيه لغة (قوله الحداء) الحدا والحدو سوق الابل والغناء لها وقد حدوت الابل حدوا وحدا (قوله فأعنقت الابل فى السير) أى أسرعت والعنق ضرب من السير سريع كأن الابل ترفع أعناقها فيه (قوله رويدك) تصغير رود وقد أرود به أى رفق به وقد وضع موضع الامر أى أرود بمعنى ارفق قيل أصله من رادت الريح ترود اذا تحركت حركة خفيفة قال الله تعالى أمهلهم رويدا أى امهالا رويدا (قوله رفقا بالقوارير) شبههن بها لضعفهن ورقة قلوبهن والقوارير يسرع اليها الكسر وكان ينشد من الرجز ما فيه نسيب فلم يأمن أن يصيبهن أو يوقع فى قلوبهن حلاوة أمر بالكف عن ذلك يقال الغناء رقية الزنا ويقال ان سليمان بن عبد الملك سمع فى معسكره مغنيا فدعا به فخصاه فقال ان الغناء رقية الزنا وكان شديد الغيرة وأنشد بعض أهل العصر

يا حادى العيس رفقا بالقوارير * فقد أذاب سراها بالقوارير
وشفها السير حتى ما بها رمق * فى مهمه ليس فيه للقوارير

جمع قارية وهي القانحة

الشريد عن أبيه قال أردفني رسول الله صلى الله عليه وسلم وراءه ثم قال أمعك شئ من شعر أمية بن أبي الصلت فقلت نعم فأنشدته بيتا فقال هيه فأنشدته بيتا آخر فقال هيه فأنشدته الى أن بلغ مائة بيت

﴿ فصل ﴾ ويستحب تحسين الصوت بالقرآن لما روى الشافعي رحمه الله باسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ما أذن الله لشئ كأذنه لنبي حسن الترنم بالقرآن وروى حسن الصوت بالقرآن وروى البراء بن عازب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال حسنوا القرآن بأصواتكم وقال عليه السلام ليس منا من لم يتغن بالقرآن وحمله الشافعي على تحسين الصوت وقال لو كان المراد به الاستغناء بالقرآن لقال من لم يتغان بالقرآن وأما القراءة بالألحان فقد قال في موضع أكرهه وقال في موضع آخر لا أكرهه وليست على قولين وانما هي على اختلاف حالين فالذي قال أكرهه أراد اذا جاوز الحد في التطويل وادغام بعضه في بعض والذي قال لا أكرهه اذا لم يجاوز الحد

﴿ فصل ﴾ ويجوز قول الشعر لأنه كان للنبي ﷺ شعراء منهم حسان بن ثابت وكعب بن مالك وعبد الله بن رواحة ولأنه وفد عليه الشعراء ومدحوه وجاءه كعب بن زهير وأنشده

بانت سعاد فقلبي اليوم متبول * متيم عندها لم يفد مكبول

فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم بردة كانت عليه فابتاعها منه معاوية بعشرة آلاف درهم وهي التي مع الخلفاء الى اليوم وحكمه حكم الكلام في حظره واباحته وكراهيته واستحبابه ورد الشهادة به والدليل عليه ما روى عبد الله ابن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشعر بمنزلة الكلام حسنه كحسن الكلام وقبيحه كقبيح الكلام

﴿ فصل ﴾ ومن شهد بالزور فسق وردت شهادته لأنها من الكبائر والدليل عليه ما روى خريم بن فاتك قال صلى رسول الله ﷺ صلاة الصبح ولما انصرف قام قائما ثم قال عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله ثلاث مرات ثم تلا قوله عز وجل فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وروى محارب بن دثار عن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال شاهد الزور لا يزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار ويثبت أنه شاهد زور من ثلاثة أوجه أحدها أن يقر أنه شاهد زور والثاني أن تقوم البينة أنه شاهد زور والثالث أن يشهد بما يقطع بكذبه بأن شهد على رجل أنه قتل أو زنى في وقت معين في موضع معين والمشهود عليه

(قوله فأنشدته بيتا فقال هيه) معناه زد وهو اسم فعل يؤمر به أي زد في انشادك ينون فمن نون فمعناه زدني حديثا لان التنوين للتنكير ومن لم ينون فمعناه زدني من الحديث المعروف منك وأصله ايه والهاء مبدلة من الهمزة تقوله للرجل اذا استزدته من حديث أو عمل قال ذو الرمة

وقفنا فقلنا ايه عن أم سالم * وما بال تكليم الديار البلاقع

وأما ايها فمعناه كف ولم يجئ الا منكرا قال النابغة

ايها فداء لك الاقوام كلهم * وما أثمر من مال ومن ولد

في الحديث ما أذن الله لشئ كأذنه لنبي يتغنى بالقرآن يريد ما استمع الله لشئ والله تعالى لا يشغله سمع عن سمع يقال أذن يأذن أذنا اذا سمع ومنه قوله تعالى وأذنت لربها وحقت أي استمعت قال ابن أحمر

ايها القلب تمتع بددن * ان همي في سماع وأذن

ومن ذلك سميت الاذن (قوله من لم يتغن بالقرآن) مفسر في الكتاب والاولى الجمع بين التفسيرين الاستغناء به والتأدب بآدابه وتحسين الصوت به وترقيقه ليتعظ به من يسمعه ويتعظ هو (قوله وأما القراءة بالالحان) الالحان واللحون واحدها اللحن وهو الغناء والتطريب وقد لحن في قراءته اذا طرب بها وغرد وفي الحديث اقرؤا القرآن بلحون العرب (قوله بانت سعاد فقلبي اليوم متبول) * بانت فارقت والبين الفراق والبين أيضا الوصل لقد تقطع بينكم وهو من الاضداد. متبول أي سقيم فاسد يقال أتبله الحب وتبله أي أسقمه وأفسده (قوله عدلت شهادة الزور الاشراك بالله) أي ساوته وماثلته تقول عدلت فلانا بفلان اذا ساويت بينهما (قوله يتبوأ مقعده) ذكر

فى ذلك الوقت كان فى بلد آخر وأما اذا شهد بشئ أخطأ فيه لم يكن شاهد زور لأنه لم يقصد الكذب وان شهد رجل بشئ وشهد به آخر أنه لغيره لم يكن شاهد زور لأنه ليس تكذيب أحدهما بأولى من تكذيب الآخر فلم يقدح ذلك فى عدالته واذا ثبت أنه شاهد زور ورأى الامام تعزيره بالضرب أو الحبس أو الزجر فعل وان رأى أن يشهر أمره فى سوقه ومصلاه وقبيلته وينادى عليه أنه شاهد زور فاعرفوه فعل لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال اذكروا الفاسق بما فيه ليحذره الناس ولان فى ذلك زجرا له ولغيره عن فعل مثله وحكى عن أبى على ابن أبى هريرة أنه قال ان كان من أهل الصيانة لم يناد عليه لقوله عليه السلام أقيلوا ذوى الهيآت عثراتهم وهذا غير صحيح لأن بشهادة الزور يخرج عن أن يكون من أهل الصيانة

﴿ فصل ﴾ ولا تقبل شهادة جار الى نفسه نفعا ولا دافع عن نفسه ضررا لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى احنة والظنين المتهم والجار الى نفسه نفعا والدافع عنها ضررا متهمان فان شهد المولى لمكاتبه بمال لم تقبل شهادته لأنه يثبت لنفسه حقا لأن مال المكاتب يتعلق به حق المولى وان شهد الوصى لليتيم والوكيل للموكل فيما فوض النظر فيه اليه لم تقبل لأنهما يثبتان لأنفسهما حق المطالبة والتصرف وان وكله فى شئ ثم عزله لم يشهد فيما كان النظر فيه اليه فان كان قد خاصم فيه لم تقبل شهادته وان لم يكن قد خاصم فيه ففيه وجهان أحدهما أنه تقبل لأنه لا يلحقه تهمة والثانى أنه لا تقبل لأنه بعقد الوكالة يملك الخصومة فيه وان شهد الغريم لمن له عليه دين وهو محجور عليه بالفلس لم تقبل شهادته لأنه يتعلق حقه بما يثبت له بشهادته وان شهد لمن له عليه دين وهو موسر قبلت شهادته لأنه لا يتعين حقه فيما شهد به وان شهد له وهو معسر قبل الحجر ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقبل لأنه يثبت له حق المطالبة والثانى أنه يقبل لأنه لا يتعلق بما يشهد به له حق

﴿ فصل ﴾ وان شهد رجلان على رجل أنه جرح أخاهما وهما وارثاه قبل الاندمال لم تقبل لأنه قد يسرى الى نفسه فيجب الدم به لهما وان شهدا له بمال وهو مريض ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحاق أنه لا تقبل لأنهما متهمان لأنه قد يموت فيكون المال لهما فلم تقبل كما لو شهدا بالجراحة والثانى وهو قول أبى الطيب ابن سلمة انه تقبل لأن الحق يثبت للمريض ثم ينتقل بالموت اليهما وفى الجناية اذا وجبت الدية وجبت لهما لأنها تجب بموته فلم تقبل وان شهدا له بالجراحة وهناك ابن قبلت شهادتهما لأنهما غير متهمين وان مات الابن وصار الأخوان وارثين نظرت فان مات الابن بعد الحكم بشهادتهما لم تسقط الشهادة لأنه حكم بها وان مات قبل الحكم بشهادتهما سقطت الشهادة كما لو فسقا قبل الحكم وان شهد المولى على غريم مكاتبه والوصى على غريم الصبى أو الوكيل على غريم الموكل بالابراء من الدين أو بفسق شهود الدين لم تقبل الشهادة لأنه دفع بالشهادة عن نفسه ضررا وهو حق المطالبة وان شهد شاهدان من عاقلة القاتل بفسق شهود القتل فان كانا موسرين لم تقبل شهادتهما لأنهما يدفعان بهذه الشهادة عن أنفسهما ضررا وهو الدية وان كانا فقيرين فقد قال الشافعى رضى الله عنه ردت شهادتهما وقال فى موضع آخر اذا كانا من أباعد العصبات بحيث لا يصل العقل اليهما حتى يموت من قبلهما قبلت شهادتهما فمن أصحابنا من نقل جواب احداهما الى الاخرى وجعلهما على قولين أحدهما أنه تقبل لأنهما فى الحال لا يحملان العقل والثانى انه لا تقبل لانه قد يموت القريب قبل الحول ويوسر الفقير فيصيران من العاقلة ومنهم من حملهما على ظاهرهما فقال تقبل شهادة الأباعد ولا تقبل

(قوله وان رأى أن يشهر أمره) أى يكشفه للناس ويوضحه. والشهرة وضوح الامر يقال شهرت الامر أشهره شهرا وشهر فاشتهر وكذلك شهرته تشهيرا (قوله أهل الصيانة) الذين يصانون عن التنكيل والتأديب بالتعزير وغيره (قوله أقيلوا ذوى الهيآت عثراتهم) هم أهل المروآت وقد ذكر (قوله لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين) الظنين المتهم ومنه قوله تعالى «وما هو على الغيب بظنين» أى بمتهم فى قراءة من قرأ بالظاء والظنة التهمة. قال ابن سيرين لم يكن على يظن فى قتل عثمان أى يتهم. وأما من قرأ بالضاد فانه أراد ببخيل (قوله ذى احنة) يقال فى صدره على احنة أى حقد ولا تقل حنة والجمع احن وقد أحنت عليه بالكسر. قال

اذا كان فى صدر ابن عمك احنة * فلا تستثرها سوف يبدو دفينها

شهادة القريب الفقير لأن القريب معدود فى العاقلة واليسار يعتبر عند الحول وربما يصير موسرا عند الحول والبعيد غير معدود فى العاقلة وانما يصير من العاقلة اذا مات الاقرب

﴿ فصل ﴾ ولا تقبل شهادة الوالدين للأولاد وان سفلوا ولا شهادة الاولاد للوالدين وان علوا وقال المزنى رحمه الله وأبو ثور تقبل ووجهه قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فعم ولم يخص ولأنهم كغيرهم فى العدالة فكانوا كغيرهم فى الشهادة وهذا خطأ لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى احنة والظنين المتهم وهذا متهم لانه يميل اليه ميل الطبع ولان الولد بضعة من الوالد ولهذا قال عليه السلام يا عائشة ان فاطمة بضعة منى يريبنى ما يريبها ولأن نفسه كنفسه وماله كماله ولهذا قال عليه السلام لأبى معشر الدارمى أنت ومالك لأبيك وقال ﷺ ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه ولهذا يعتق عليه اذا ملكه ويستحق عليه النفقة اذا احتاج والآية نخصها بما ذكرناه والاستدلال بأنهم كغيرهم فى العدالة يبطل بنفسه فانه كغيره فى العدالة ثم لا تقبل شهادته لنفسه وتقبل شهادة أحدهما على الآخر فى جميع الحقوق ومن أصحابنا من قال لا تقبل شهادة الولد على الوالد فى ايجاب القصاص وحد القذف لأنه لا يلزمه القصاص بقتله ولا حد القذف بقذفه فلا يلزمه ذلك بقوله والمذهب الأول لانه انما ردت شهادته له للتهمة ولا تهمة فى شهادته عليه ومن عدا الوالدين والاولاد من الاقارب كالاخ والعم وغيرهما تقبل شهادة بعضهم لبعض لأنه لم يجعل نفس أحدهما كنفس الآخر فى العتق ولا ماله كماله فى النفقة وان شهد شاهدان على رجل أنه قذف ضرة أمهما ففيه قولان قال فى القديم لا تقبل لانهما يجران الى أمهما نفعا لانه يجب عليه بقذفها الحد فيحتاج أن يلاعن وتقع الفرقة بينه وبين ضرة أمهما وقال فى الجديد تقبل وهو الصحيح لأن حق أمهما لا يزيد بمفارقة الضرة وان شهدا أنه طلق ضرة أمهما ففيه قولان أحدهما أنه تقبل والثانى أنه لا تقبل وتعليلهما ما ذكرناه

﴿ فصل ﴾ وتقبل شهادة أحد الزوجين للآخر لان النكاح سبب لا يعتق به أحدهما على الآخر بالملك فلم يمنع من شهادة أحدهما للآخر كقرابة ابن العم ولا تقبل شهادة الزوج على الزوجة فى الزنا لأن شهادته دعوى خيانة فى حقه فلم تقبل كشهادة المودع على المودع بالخيانة فى الوديعة ولأنه خصم لها فيما يشهد به فلم تقبل كما لو شهد عليها أنها جنت عليه

﴿ فصل ﴾ ولا تقبل شهادة العدو على عدوه لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى احنة وذو الاحنة هو العدو ولانه متهم فى شهادته بسبب منهى عنه فلم تقبل شهادته

﴿ فصل ﴾ ومن جمع فى الشهادة بين أمرين فردت شهادته فى أحدهما نظرت فان ردت للعداوة بينه وبين المشهود عليه مثل أن يشهد على رجل أنه قذفه وأجنبيا ردت شهادته فى حقه وفى حق الأجنبى لأن هذه الشهادة تضمنت الاخبار عن عداوة بينهما وشهادة العدو على عدوه لا تقبل فان ردت شهادته فى أحدهما لتهمة غير العداوة بأن شهد على رجل أنه اقترض من أبيه ومن أجنبى مالا ردت شهادته فى حق أبيه وهل ترد فى حق الأجنبى فيه قولان أحدهما أنها ترد كما لو شهد أنه قذفه وأجنبيا والثانى أنها لا ترد لانها ردت فى حق أبيه للتهمة ولا تهمة فى حق الاجنبى فقبلت

﴿ فصل ﴾ ومن ردت شهادته بمعصية فتاب قبلت شهادته لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا والتوبة توبتان توبة فى الباطن وتوبة فى الظاهر فأما التوبة فى الباطن فهى ما بينه وبين الله عز وجل فينظر فى المعصية فان لم يتعلق بها مظلمة لآدمى ولا حد لله تعالى كالاستمتاع

(قوله الطبع) هو السجية بما جبل عليه الانسان من أصل الخلقة. والطبيعة مثله والجمع الطباع (قوله صلى الله عليه وسلم فاطمة بضعة منى) البضعة بفتح الباء هى القطعة من اللحم هذه وحدها بالفتح وأخواتها بالكسر كالفدة والقدرة والخرقة والكسفة (قوله يريبنى ما يريبها) أى يدخل علىّ الشك كما أدخل عليها الشك والتهمة. يقال رابنى فلان اذا رأيت منه ما يريبك وتكرهه. والريبة الشك. قال الهروى يقال أرابنى الشىء أى شككنى وأوهمنى الريبة واذا استيقنته قلت ما رابنى بغير همزة. وقال الفراء راب وأراب بمعنى واحد. والضرة قد ذكرت وهى احدى الزوجتين. سميت بذلك لادخال الضرر عليها

بالأجنبية فيما دون الفرج فالتوبة منها أن يقلع عنها و يندم على مافعل و يعزم على أن لايعود الى مثلها والدليل عليه قوله تعالى « والذين اذا فعلوا فاحشة أوظلموا أنفسهم ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم ومن يغفر الذنوب الا الله ولم يصروا على مافعلوا وهم يعلمون أولئك جزاؤهم مغفرة من ربهم وجنات تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها ونعم أجر العاملين » وان تعلق بها حق آدمي فالتوبة منها أن يقلع عنها و يندم على مافعل و يعزم على أن لا يعود الى مثلها وان يبرأ من حق الآدمي اما أن يؤديه أو يسأله حتى يبرئه منه لما روى ابراهيم النخعي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رأى رجلا يصلي مع النساء فضربه بالدرة فقال الرجل والله لئن كنت أحسنت فقد ظلمتني وان كنت أسأت فما علمتني فقال عمر اقتص قال لاأقتص قال فاعف قال لا أعفو فافترقا على ذلك ثم لقيه عمر من الغد فتغير لون عمر فقال له الرجل يا أمير المؤمنين أرى ما كان مني قد أسرع فيك قال أجل قال فاشهد انى قد عفوت عنك وان لم يقدر على صاحب الحق نوى انه ان قدر أوفاه حقه وان تعلق بالمعصية حد لله تعالى كحد الزنا والشرب فان لم يظهر ذلك فالاولى أن يستره على نفسه لقوله عليه السلام من أتى من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله تعالى فان من أبدى لنا صفحته أقمنا عليه حد الله وان أظهره لم يأثم لأن ماعزا والغامدية اعترفا عند رسول الله ﷺ بالزنا فرجمها ولم ينكر عليهما وأما التوبة في الظاهر وهى التي تعود بها العدالة والولاية وقبول الشهادة فينظر في المعصية فان كانت فعلا كالزنا والسرقة لم يحكم بصحة التوبة حتى يصلح عمله مدة لقوله تعالى الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا وقدر أصحابنا المدة بسنة لأنه لا تظهر صحة التوبة في مدة قريبة فكانت أولى المدد بالتقدير سنة لانه تمر فيها الفصول الاربعة التي تهيج فيها الطبائع وتغير فيها الاحوال وان كانت المعصية بالقول فان كانت ردة فالتوبة منها أن يظهر الشهادتين وان كانت قذفا فقد قال الشافعي رحمه الله التوبة منه اكذابه نفسه واختلف أصحابنا فيه فقال أبو سعيد الاصطخري رحمه الله هو أن يقول كذبت فيما قلت ولا أعود الى مثله و وجهه ماروى عن عمر رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال توبة القاذف اكذابه نفسه وقال أبو اسحق وأبو على ابن أبى هريرة هو أن يقول قذفي له كان باطلا ولا يقول انى كنت كاذبا لجواز أن يكون صادقا فيصير بتكذيبه نفسه عاصيا كما كان بقذفه عاصيا ولا تصح التوبة منه الا باصلاح العمل على ماذكرناه في الزنا والسرقة فأما اذا شهد عليه بالزنا ولم يتم العدد فان قلنا انه لا يجب عليه الحد فهو على عدالته ولا يحتاج الى التوبة وان قلنا انه يجب عليه الحد وجبت التوبة وهو أن يقول ندمت على مافعلت ولا أعود الى ما اتهم به فاذا قال هذا عادت عدالته ولا يشترط فيه اصلاح العمل لأن عمر رضى الله عنه قال لأبى بكرة تب أقبل شهادتك وان لم يتب لم تقبل شهادته و يقبل خبره لأن أبا بكرة ردت شهادته وقبلت أخباره وان كانت معصية بشهادة زور فالتوبة منها أن يقول كذبت فيما قلت ولا أعود الى مثله و يشترط في صحة توبته اصلاح العمل على ماذكرناه

﴿فصل﴾ وان شهد صبي أو عبد أو كافر لم تقبل شهادته فان بلغ الصبي أو أعتق العبد أو أسلم الكافر وأعاد تلك الشهادة قبلت وان شهد فاسق فردت شهادته ثم تاب وأعاد تلك الشهادة لم تقبل وقال المزني وأبو ثور رحمهما الله تقبل كما تقبل من الصبى اذا بلغ والعبد اذا أعتق والكافر اذا أسلم وهذا خطأ لأن هؤلاء لاعار عليهم في رد شهادتهم فلا يلحقهم تهمة في اعادة الشهادة بعد الكمال والفاسق عليه عار في رد شهادته فلا يؤمن أن يظهر التوبة لازالة العار فلا تنفك شهادته من التهمة وان شهد المولى لمكاتبه بمال فردت شهادته ثم أدى المكاتب مال الكتابة وعتق وأعاد المولى الشهادة له بالمال فقد قال أبو العباس فيه وجهان

(قوله فالتوبة أن يقلع عنها و يندم) وقد ذكرنا التوبة وأصلها الرجوع والاقلاع عن الأمر الكف عنه يقال أقلع فلان عما كان عليه اذا تركه فكف عنه (قوله ولم يصروا) لم يقيموا والاصرار الاقامة على الذنب وترك التوبة منه (قوله أجل) بمعنى نعم وقد ذكرت (قوله من أتى من هذه القاذورات شيئا) هى جمع قاذورة وهى الفعل القبيح واللفظ السيء وقذرت الشيء وتقذرته أى عفته وكرهته (قوله من أبدى لنا صفحته) الصفحة جانب العنق ومعناه من أظهر لنا أمره أى أقر به أقمنا عليه الحد (قوله تهيج فيها الطبائع) أى تثور يقال هاج الشيء يهيج هيجا وهيجانا أى ثار والطبائع جمع طبيعة وقد ذكر

أحدهما أنه تقبل لأن شهادته لم ترد بمعرة وانما ردت لأنه يجلب لنفسه حقا بشهادته وقد زال هذا المعنى بالعتق والثانى أنها لا تقبل وهو الصحيح لأنه ردت شهادته للتهمة فلم تقبل اذا أعادها كالفاسق اذا ردت شهادته ثم تاب وأعاد الشهادة وان شهد رجل على رجل أنه قذفه و زوجته فردت شهادته ثم عفا عن قذفه وحسنت الحال بينهما ثم أعاد الشهادة للزوجة لم تقبل شهادته لأنها شهادة ردت للتهمة فلم تقبل وان زالت التهمة كالفاسق اذا ردت شهادته ثم تاب وأعاد الشهادة وان شهد لرجل اخوان له بجراحة لم تندمل وهما وارثان له فردت شهادتهما ثم اندملت الجراحة فأعاد الشهادة ففيه وجهان أحدهما انه تقبل لأنها ردت للتهمة وقد زالت التهمة والثانى وهو قول أبى اسحق وظاهر المذهب أنها لا تقبل لأنها شهادة ردت للتهمة فلم تقبل كالفاسق اذا ردت شهادته ثم تاب وأعاد

باب عدد الشهود

لا يقبل فى الشهادة على الزنا أقل من من أربعة أنفس ذكور لقوله تعالى واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فان شهدوا فامسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا الآية وروى أن سعد بن عبادة قال يارسول الله أرأيت ان وجدت مع امرأتى رجلا أمهله حتى آتى بأربعة شهداء قال نعم وشهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة أبو بكرة ونافع وشبل بن معبد وقال زياد رأيت استا تنبو ونفسا يعلو ورجلان كأنهما اذنا حمار لا أدرى ماوراء ذلك فجلد عمر رضى الله عنه الثلاثة ولم يجلد المغيرة ولا يقبل فى اللواط الا أربعة لأنه كالزنا فى الحد فكان كالزنا فى الشهادة فأما اتيان البهيمة فانا ان قلنا انه يجب فيه الحد فهو كالزنا فى الشهادة لأنه كالزنا فى الحد فكان كالزنا فى الشهادة وان قلنا انه يجب فيه التعزير ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على ابن خيران واختيار المزنى رحمه الله انه يثبت بشاهدين لانه لا يلحق بالزنا فى الحد فلم يلحق به فى الشهادة والثانى وهو الصحيح انه لا يثبت الا بأربعة لانه فرج حيوان يجب بالايلاج فيه العقوبة فاعتبر فى الشهادة عليه أربعة كالزنا ونقصانه عن الزنا فى العقوبة لا يوجب نقصانه عنه فى الشهادة كزنا الامة ينقص عن زنا الحرة فى الحد ولا ينقص عنه فى الشهادة واختلف قوله فى الاقرار بالزنا فقال فى أحد القولين يثبت بشاهدين لانه اقرار فثبت بشاهدين كالاقرار فى غيره والثانى انه لا يثبت الا بأربعة لانه سبب يثبت به فعل الزنا فاعتبر فيه أربعة كالشهادة على القتل وان كان المقر أعجميا ففى الترجمة وجهان أحدهما انه يثبت باثنين كالترجمة فى غيره والثانى انه كالاقرار فيكون على قولين كالاقرار

(فصل) وان شهد ثلاثة بالزنا ففيه قولان أحدهما انهم قذفوه ويحدون وهو أشهر القولين لان عمر رضى الله عنه جلد الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة وروى ابن الوصى أن ثلاثة شهدوا على رجل بالزنا وقال الرابع رأيتهما فى ثوب واحد فان كان هذا زنا فهو ذلك فجلد على بن أبى طالب رضى الله عنه الثلاثة وعزر الرجل والمرأة ولأنا لو لم نوجب الحد جعل القذف بلفظ الشهادة طريقا الى القذف والقول الثانى انهم لا يحدون لان الشهادة على الزنا أمر جائز فلا يوجب الحد كسائر الجائزات ولان ايجاب الحد عليهم يؤدى الى أن لا يشهد أحد بالزنا خوفا من أن يقف الرابع عن الشهادة فيحدون فتبطل الشهادة على الزنا وان شهد أربعة على امرأة بالزنا وأحدهم الزوج ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق وظاهر النص انه يحد الزوج قولا واحدا لانه لا تجوز شهادته عليها بالزنا فجعل قاذفا وفى الثلاثة قولان والثانى وهو قول أبى على ابن أبى هريرة ان الزوج

(قوله لم ترد بمعرة) أى عيب وعار لحقه . والمعرة أيضا الاثم، قال الله تعالى فتصيبكم منهم معرة أى اثم

ومن باب عدد الشهود

(قوله رأيت استا) الاست العجز وقد يراد به حلقة الدبر . وأصلها سته على وزن فعل بالتحريك يدل على ذلك ان جمعه أستاه مثل جمل وأجمال. ولا يجوز أن يكون مثل جذع وقفل اللذين يجمعان أيضا على أفعال لانك اذ ردت الهاء التى هى لام الفعل وحذفت العين قلت سه بالفتح قال الشاعر

شأتك قعين غثها وسمينها * وأنت السه السفلى اذا ذكرت نصر

تقول أنت فيهم بمنزلة الاست من الناس (قوله تنبو) أى ترتفع أراد ههنا العجز دون حلقة الدبر

كالثلاثة لانه أتى بلفظ الشهادة فيكون على القولين

﴿فصل﴾ فان شهد أربعة على رجل بالزنا فرد الحاكم شهادة أحدهم فان كان بسبب ظاهر بأن كان عبداً أو كافراً أو متظاهراً بالفسق كان كالو لم يتم العددلان وجوده كعدمه وان كان بسبب خفي كالفسق الباطن ففيه وجهان أحدهما أن حكمه حكم مالو نقص بالعدد لان عدم العدالة كعدم العدد والثاني انهم لا يحدون قولا واحدا لانه اذا كان الرد بسبب في الباطن لم يكن من جهتهم تفريط في الشهادة لانهم معذورون فلم يحدوا واذا كان بسبب ظاهر كانوا مفرطين فوجب عليهم الحد وان شهد أربعة بالزنا ورجع واحدمنهم قبل أن يحكم بشهادتهم لزم الراجع حد القذف لانه اعترف بالقذف ومن أصحابنا من قال في حده قولان لانه أضاف الزنا اليه بلفظ الشهادة وليس بشيء وأما الثلاثة فالمنصوص انه لاحد عليهم قولا واحدا لانه ليس من جهتهم تفريط لانهم شهدوا والعدد تام ورجوع من رجع لا يمكنهم الاحتراز منه ومن أصحابنا من قال في حدهم قولان وهو ضعيف فان رجعوا كلهم وقالوا تعمدنا الشهادة وجب عليهم الحد ومن أصحابنا من قال فيه قولان وليس بشيء وان شهد أربعة على امرأة بالزنا وشهد أربع نسوة أنها بكر لم يجب عليها الحد لانه يحتمل أن تكون البكارة أصلية لم تزل ويحتمل أن تكون عائدة لان البكارة تعود اذا لم يبالغ في الجماع فلا يجب الحد مع الاحتمال ولا يجب الحد على الشهود لانا اذا درأنا الحد عنها لجواز أن تكون البكارة أصلية وهم كاذبون وجب ان ندرأ الحد عنهم لجواز أن تكون البكارة عائدة وهم صادقون

﴿فصل﴾ ويثبت المال ومايقصد به المال كالبيع والاجارة والهبة والوصية والرهن والضمان بشاهد وامرأتين لقوله تعالى «واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان» فنص على ذلك في السلم وقسنا عليه المال وكل مايقصد به المال

﴿فصل﴾ ومالیس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والوكالة والوصية اليه وقتل العمد والحدود سوى حد الزنا لايثبت الا بشاهدين ذكرين لقوله عز وجل في الرجعة «وأشهدوا ذوي عدل منكم» ولما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل وعن الزهري انه قال جرت السنة على عهد رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده أن لا تقبل شهادة النساء في الحدود فدل النص على الرجعة والنكاح والحدود وقسنا عليها كل مالا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال وان اتفق الزوجان على النكاح واختلفا في الصداق ثبت الصداق بالشاهد والمرأتين لانه اثبات مال وان ادعت المرأة الخلع وأنكر الزوج لم يثبت الا بشهادة رجلين وان ادعى الزوج الخلع وأنكرت المرأة ثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأن بينة المرأة لاثبات الطلاق وبينة الرجل لاثبات المال وان شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت المال دون القطع وان شهد رجل وامرأتان بقتل العمد لم يثبت القصاص ولا الدية والفرق بين القتل والسرقة ان قتل العمد في أحد القولين يوجب القصاص والدية بدل عنه تجب بالعفو عن القصاص واذا لم يثبت القصاص لم يثبت بدله وفي القول الثاني يوجب أحد البدلين لا بعينه وانما يتعين بالاختيار فلو أوجبنا الدية دون القصاص أوجبنا معينا وهذا خلاف موجب القتل وليس كذلك السرقة فانها توجب القطع والمال على سبيل الجمع وليس أحدهما بدلا عن الآخر فجاز أن يوجب أحدهما دون الآخر

﴿فصل﴾ ولا يقبل في موضحة العمد الا شاهدان ذكران لأنها جناية توجب القصاص وفي الهاشمة والمنقلة قولان أحدهما انه لايثبت الا بشاهدين ذكرين لأنها جناية تتضمن القصاص والثاني انها تثبت بالشاهد والمرأتين لأن الهاشمة والمنقلة لاقصاص فيهما وانما القصاص في ضمنهما فثبت بالشاهد والمرأتين فعلى هذا يجب ارش الهاشمة والمنقلة ولا يثبت القصاص في الموضحة وان اختلف السيد والمكاتب في قدر المال أو صفته أو أدائه قضى فيه بالشاهد والمرأتين لان الشهادة على المال وان أفضى الى العتق الذي لا يثبت بشهادة الرجل والمرأتين كما تثبت الولادة بشهادة النساء وان أفضى الى النسب الذي لايثبت بشهادتهن

﴿فصل﴾ وان كان في يد رجل جارية لها ولد فادعى رجل أنها أم ولده وولدها منه وأقام على ذلك شاهدا وامرأتين قضى له

(قوله وانما القصاص في ضمنهما) أي فيما يشتملان عليه من قولهم فهمت ما تضمنه كتابك أي ما اشتمل عليه وكان في ضمنه

بالجارية لأنها لو كانت فقضي فيها بشاهد وامرأتين واذامات عتقت باقراره وهل يثبت نسب الولد وحريته فيه قولان أحدهما أنه لا يثبت لأن النسب والحرية لا تثبت بشاهد وامرأتين فيكون الولد باقيا على ملك المدعى عليه والقول الثاني انه يثبت لأن الولد نماء الجارية وقد حكم له بالجارية فحكم له بالولد فعلى هذا يحكم بنسب الولد وحريته لأنه أقر بذلك وان ادعى رجل أن العبد الذي في يد فلان كان له وانه أعتقه وشهد له شاهد وامرأتان فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال فيه قولان أحدهما أنه لا يحكم بهذه البينة لأنها تشهد له بملك متقدم فلم يحكم بها كما لو ادعى على رجل عبدا وشهد له شاهد وامرأتان أنه كان له والثاني أنه يحكم بها لانه ادعى ملكا متقدما وشهدت له البينة فيما ادعاه ومن أصحابنا من قال يحكم بها قولا واحدا والفرق بينه و بين المسئلة قبلها ان هناك لايدعي ملك الولد وهو يقر أنه حر الأصل فلم يحكم ببينته في أحد القولين وههنا ادعى ملك العبد وانه أعتقه فحكم ببينته

﴿ فصل ﴾ و يقبل فيما لا يطلع عليه الرجال من الولادة والرضاع والعيوب التي تحت الثياب شهادة النساء منفردات لان الرجال لا يطلعون عليها في العادة فلو لم تقبل فيها شهادة النساء منفردات بطلت عند التجاحد ولا يثبت شيء من ذلك الا بعدد لأنها شهادة فاعتبر فيها العدد ولا يقبل أقل من أربع نسوة لأن أقل الشهادات رجلان وشهادة امرأتين بشهادة رجل والدليل عليه قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فأقام المرأتين مقام الرجل وروى عبد الله بن عمر رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب على ذي لب منكن قالت امرأة يارسول الله ما ناقصات العقل والدين قال أما نقصان العقل فشهادة امرأتين كشهادة رجل فهذا نقصان العقل وأما نقصان الدين فان احداكن تمكث الليالي لا تصلي وتفطر في شهر رمضان فهذا من نقصان الدين فقبل فيها شهادة الرجلين وشهادة الرجل والمرأتين لأنه اذا أجيز شهادة النساء منفردات لتعذر الرجال فلأن تقبل شهادة الرجال والرجال والنساء أولى وتقبل في الرضاع شهادة المرضعة لما روى عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيي بنت أبي اهاب فجاءت امرأة سوداء فقالت قد أرضعتكما فجئت الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال كيف وقد زعمت انها أرضعتكما فنهاه عنها ولأنها لا تجر بهذه الشهادة نفعا الى نفسها ولا تدفع عنها ضررا ولا تقبل شهادة المرأة على ولادتها لأنها تثبت لنفسها بذلك حقا وهو النفقة وتقبل شهادة النساء منفردات على استهلال الولد وانه بقي متألما الى أن مات وقال الربيع رحمه الله فيه قول آخر انه لا يقبل الا شهادة رجلين والصحيح هو الأول لأن الغالب انه لا يحضرها الرجال

﴿ فصل ﴾ وما يثبت بالشاهد والمرأتين يثبت بالشاهد واليمين لما روى عمرو بن دينار عن ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد قال عمرو وذلك في الأموال واختلف أصحابنا في الوقف فقال أبو اسحاق وعامة أصحابنا يبنى على القولين فان قلنا ان الملك للموقوف عليه قضى فيه بالشاهد واليمين لانه نقل ملك فقضى فيه بالشاهد واليمين كالبيع وان قلنا انه ينتقل الى الله عز وجل لم يقض فيه بالشاهد واليمين لانه ازالة ملك الى غير الآدمي فلم يقض فيه بالشاهد واليمين كالعتق وقال أبو العباس رحمه الله يقضى فيه بالشاهد واليمين على القولين جميعا لأن القصد بالوقف تمليك المنفعة فقضى فيه بالشاهد واليمين كالاجارة

﴿ باب تحمل الشهادة وأدائها ﴾

لا يجوز تحمل الشهادة وأداؤها الا عن علم والدليل عليه قوله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم ان السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسئولا وقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون فأمر الله تعالى أن يشهد عن علم وقوله عز وجل ستكتب شهادتهم و يسألون وهذا الوعيد يوجب التحفظ في الشهادة وأن لا يشهد الا عن علم وروى طاوس عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال سئل رسول الله ﷺ عن الشهادة فقال هل ترى الشمس قال نعم قال فعلى مثلها فاشهد أو دع وان كانت الشهادة على فعل كالجناية والغصب والزنا والسرقة والرضاع والولادة وغيرها مما يدرك بالعين لم تجز الشهادة به الا عن مشاهدة لأنها

وأنفذته ضمن كتابي أي في طيه (قوله أغلب على ذي لب منكن) اللب العقل والجمع الألباب قال الله تعالى ان في ذلك لذكرى لأولي الألباب أي لذوي العقول (قوله ولا تقف ما ليس لك به علم) أي لا تتبعه فتقول فيه بغير علم ، يقال قفوته أقفوه وقفته

لا تعلم الا بهاوان كانت الشهادة على عورة ووقع بصره عليهامن غير قصد جاز أن يشهد بما شاهد وان أراد أن يقصد النظر ليشهد فالمنصوص أنه يجوز وهو قول أبي اسحاق المروزى لان أبا بكرة ونافعا وشبل بن معبد شهدوا على المغيرة بالزنا عند عمر رضى الله عنه فلم ينكر عمر ولا غيره نظرهم وقال أبو سعيد الاصطخرى لا يجوز أن يقصد النظر لأنه فى الزنا مندوب الى الستر وفى الولادة والرضاع تقبل شهادة النساء فلا حاجة بالرجال الى النظر للشهادة ومن أصحابنا من قال يجوز فى الزنا دون غيره لأن الزانى هتك حرمة الله تعالى بالزنا فجاز أن تهتك حرمته بالنظر الى عورته وفى غير الزنا لم يوجد من المشهود عليه هتك حرمة فلم يجز هتك حرمته ومنهم من قال يجوز فى غير الزنا ولا يجوز فى الزنا لأن حد الزنا يبنى على الدرء والاسقاط فلا يجوز أن يتوصل الى اثباته بالنظر وغيره لم يبن على الدرء والاسقاط فجاز أن يتوصل الى اثباته بالنظر

﴿ فصل ﴾ وان كانت الشهادة على قول كالبيع والنكاح والطلاق والاقرار لم يجز التحمل فيها الا بسماع القول ومشاهدة القائل لأنه لا يحصل العلم بذلك الا بالسماع والمشاهدة وان كانت الشهادة على ما لا يعلم الا بالخبر وهو ثلاثة النسب والملك والموت جاز أن يشهد فيه بالاستفاضة فان استفاض فى الناس أن فلانا ابن فلان أو ان فلانا هاشمى أو أموى جاز أن يشهد به لأن سبب النسب لا يدرك بالمشاهدة وان استفاض فى الناس أن هذه الدار وهذا العبد لفلان جاز أن يشهد به لان أسباب الملك لا تضبط فجاز أن يشهد فيه بالاستفاضة وان استفاض أن فلانا مات جاز أن يشهد به لان أسباب الموت كثيرة منها خفية ومنها ظاهرة ويتعذر الوقوف عليها وفى عدد الاستفاضة وجهان أحدهما وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفرايني رحمه الله أن أقله أن يسمع من اثنين عدلين لان ذلك بينة والثانى وهو قول أقضى القضاة أبى الحسن الماوردى رحمه الله أنه لا يثبت الا بعدد يقع العلم بخبرهم لان مادون ذلك من أخبار الآحاد فلا يقع العلم من جهتهم فان سمع انسانا يقر بنسب أب أو ابن فان صدقه المقر له جاز له أن يشهد به لانه شهادة على اقرار وان كذبه لم يجز أن يشهد به لانه لم يثبت النسب وان سكت فله أن يشهد به لان السكوت فى النسب رضى بدليل أنه اذا بشر بولد فسكت عن نفيه لحقه نسبه ومن أصحابنا من قال لا يشهد حتى يتكرر الاقرار به مع السكوت وان رأى شيئا فى يد انسان مدة يسيرة جاز أن يشهد له باليد ولا يشهد له بالملك وان رآه فى يده مدة طويلة يتصرف فيه جاز أن يشهد له باليد وهل يجوز أن يشهد له بالملك فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى رحمه الله أنه يجوز لان اليد والتصرف يدلان على الملك والثانى وهو قول أبى اسحق رحمه الله أنه لا يجوز أن يشهد له بالملك لانه قد تكون اليد والتصرف عن ملك وقد تكون عن اجارة أو وكالة أو غصب فلا يجوز أن يشهد له بالملك مع الاحتمال واختلف أصحابنا فى النكاح والعتق والوقف والولاء فقال أبو سعيد الاصطخرى رحمه الله يجوز أن يشهد فيها بالاستفاضة لانه يعرف بالاستفاضة أن عائشة رضى الله عنها زوجة النبى ﷺ وأن نافعا مولى ابن عمر رضى الله عنه كما يعرف أن فاطمة بنت رسول الله ﷺ وقال أبو اسحق رحمه الله لا يجوز لانه عقد فلا يجوز أن يشهد فيه بالاستفاضة كالبيع

﴿ فصل ﴾ ويجوز أن يكون الاعمى شاهدا فيما يثبت بالاستفاضة لان طريق العلم به السماع والاعمى كالبصير فى السماع ويجوز أن يكون شاهدا فى الترجمة لانه يفسر ما سمعه بحضرة الحاكم وسماعه كسماع البصير ولا يجوز أن يكون شاهدا على الافعال كالقتل والغصب والزنا لان طريق العلم بها البصر ولا يجوز أن يكون شاهدا على الأقوال كالبيع والاقرار والنكاح والطلاق اذا كان المشهود عليه خارجا عن يده وحكى عن المزنى رحمه الله انه قال يجوز أن يكون شاهدا فيها اذا عرف الصوت ووجهه انه اذا جاز أن يروى الحديث اذا عرف المحدث بالصوت ويستمتع بالزوجة اذا عرفها بالصوت جاز أن يشهد اذا عرف المشهود عليه بالصوت وهذا خطأ لان من شرط الشهادة العلم وبالصوت لا يحصل له العلم بالمتكلم لان الصوت يشبه الصوت ويخالف رواية الحديث والاستمتاع بالزوجة لان ذلك يجوز بالظن وهو خبر الواحد وأما اذا جاء رجل وترك فمه على أذنه وطلق أو أعتق أو أقر ويد الأعمى على رأس الرجل فضبطه الى أن حضر عند الحاكم فشهد عليه بما سمعه منه قبلت

أقوفه اذا اتبعت أثره ومنه سميت القافة لتتبعهم الآثار. وأصله من القفا (قوله لأن الزانى هتك حرمة الله) هتك خرق وأصله خرق الستر وقد ذكر. والحرمة ما يحرم انتهاكه (قوله بالاستفاضة) هى مأخوذة من فاض يفيض اذا شاع. وهو حديث مستفيض أى منتشر فى الناس (قوله أخبار الآحاد) الآحاد ما انحط عن حد التواتر والتواتر غير محصور على الصحيح من الأقوال (قوله فضبطه الى ان حضر عند الحاكم) أى أمسكه. وضبط الشىء اذا حفظه بالحزم

شهادته لانه شهد عن علم وان تحمل الشهادة على فعل أو قول وهو يبصر ثم عمي نظرت فان كان لا يعرف المشهود عليه الا بالعين وهو خارج عن يده لم تقبل شهادته عليه لانه لا علم له بمن يشهد عليه وان تحمل الشهادة ويده في يده وهو بصير ثم عمي ولم تفارق يده يده حتى حضر الى الحاكم وشهد عليه قبلت شهادته لأنه يشهد عليه عن علم وان تحمل الشهادة على رجل يعرفه بالاسم والنسب وهو بصير ثم عمي قبلت شهادته لانه يشهد على من يعلمه

﴿فصل﴾ ومن شهد بالنكاح ذكر شروطه لان الناس يختلفون في شروطه فوجب ذكرها في الشهادة وان رهن رجل عبدا عند رجل بألف ثم زاده ألفا آخر وجعل العين رهنا بهما وأشهد الشهود على نفسه أن العين رهن بألفين وعلم الشهود حال الرهن في الباطن فان كانوا يعتقدون أنه لا يجوز الحاق الزيادة بالدين في الرهن لم يجز أن يشهدوا الا بما جرى الأمر عليه في الباطن وان كانوا يعتقدون أنه يجوز الحاق الزيادة بالدين في الرهن ففيه وجهان أحدهما يجوز أن يشهدوا بان العين رهن بألفين لانهم يعتقدون أنهم صادقون في ذلك والثاني أنه لا يجوز أن يشهدوا الا بذكر ما جرى الأمر عليه في الباطن لان الاعتبار في الحكم باجتهاد الحاكم دون الشهود

﴿فصل﴾ ومن شهد بالرضاع وصف الرضاع وانه ارتضع الصبي من ثديها أو من لبن حلب منها خمس رضعات متفرقات في حولين لاختلاف الناس في شروط الرضاع فان شهدا انه ابنهما من الرضاع لم تقبل لان الناس يختلفون فيما يصير به ابنا من الرضاع وان رأى امرأة أخذت صبيا تحت ثيابها وأرضعته لم يجز أن يشهد بالرضاع لانه يجوز ان يكون قد أعدت شيئا فيه لبن من غيرها على هيئة الثدي فرأى الصبي يمص فظنه ثديا

﴿فصل﴾ ومن شهد بالجناية ذكر صفتها فان قال ضربه بالسيف فمات أو قال ضربه بالسيف فوجدته ميتا لم يثبت القتل بشهادته لجواز أن يكون مات من غير ضربه وان قال ضربه بالسيف فمات منه أو ضربه فقتله ثبت القتل بشهادته وان قال ضربه بالسيف فأنهر دمه فمات مكانه ثبت القتل بشهادته على المنصوص لانه اذا أنهر دمه فمات علم أنه مات من ضربه فان قال ضربه فاتضح أو قال ضربه بالسيف فوجدته موضحا لم تثبت الموضحة بشهادته لما ذكرناه في النفس وان قال ضربه فأوضحه ثبتت الموضحة بشهادته لانه أضاف الموضحة اليه وان قال ضربه فسال دمه لم تثبت الدامية بالشهادة لجواز أن يكون سيلان الدم من غير الضرب وان قال ضربه فأسال دمه ومات قبلت شهادته في الدامية لانه أضافها اليه ولا تقبل في الموت لانه يحتمل أن يكون الموت من غيره وان قال ضربه بالسيف فأوضحه فوجدت في رأسه موضحتين لم يجز القصاص لانا لا نعلم على أي الموضحتين شهد ويجب أرش موضحة لان الجهل بعينها ليس بجهل لأنه قد أوضحه

﴿فصل﴾ ومن شهد بالزنا ذكر الزاني ومن زنى بها لانه قد يراه على بهيمة فيعتقد أن ذلك زنا والحاكم لا يعتقد أن ذلك زنا أو يراه على زوجته أو جارية ابنه فيظن انه زنى ويذكر صفة الزنا فان لم يذكر أنه أولج أو رأى ذكره في فرجها لم يحكم به لأن زيادا لما شهد على المغيرة عند عمر رضي الله عنه ولم يذكر ذلك لم يقم الحد على المغيرة فان لم يذكر الشهود ذلك سألهم الامام عنه فان شهد ثلاثة بالزنا ووصفوا الزنا وشهد الرابع ولم يذكر الزنا لم يجب الحد على المشهود عليه لان البينة لم تكمل ولم يحد الرابع عليه لانه لم يشهد بالزنا وهل يجب الحد على الثلاثة فيه قولان وان شهد أربعة بالزنا وفسر ثلاثة منهم الزنا وفسر الرابع بما ليس بزنا لم يحد المشهود عليه لانه لم تكمل البينة ويجب الحد على الرابع قولا واحدا لانه قذفه بالزنا ثم ذكر ما ليس بزنا وهل يحد الثلاثة على القولين فان شهد أربعة بالزنا ومات واحد منهم قبل أن يفسر وفسر الباقون بالزنا لم يجب الحد على المشهود عليه لجواز أن يكون ما شهد به الرابع ليس بزنا ولا يجب على الشهود الباقين الحد لجواز أن يكون ما شهد به الرابع زنا فلا يجب الحد مع الاحتمال

﴿فصل﴾ ومن شهد بالسرقة ذكر السارق والمسروق منه والحرز والنصاب وصفة السرقة لان الحكم يختلف باختلافها فوجب ذكرها ومن شهد بالردة بين ما سمع منه لاختلاف الناس فيما يصير به مرتدا فلم يجز الحكم قبل البيان كما لا يحكم بالشهادة على جرح الشهود قبل بيان الجرح وهل يجوز للحاكم أن يعرض للشهود بالتوقف في الشهادة في حدود الله تعالى فيه وجهان

(قوله أنهر دمه) أي أساله . وكل شيء جرى فقد نهر (قوله أن يعرض) التعريض التورية بالشيء عن الشيء وقد ذكر

أحدهما انه لا يجوز لان فيه قدحا فى الشهود والثانى انه يجوز لان عمر رضى الله عنه عرض لزياد فى شهادته على المغيرة فروى أنه قال أرجو أن لا يفضح الله تعالى على يديك أحدا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يجوز أن يعرض للمقر بالتوقف فجاز أن يعرض للشاهد

﴿ باب الشهادة على الشهادة ﴾

وتجوز الشهادة على الشهادة فى حقوق الآدميين وفيما لا يسقط بالشبهة من حقوق الله تعالى لان الحاجة تدعو الى ذلك عند تعذر شهادة الأصل بالموت والمرض والغيبة وفى حدود الله تعالى وهو حد الزنا وحد السرقة وقطع الطريق وشرب الخمر قولان أحدهما أنه يجوز لانه حق يثبت بالشهادة فجاز أن يثبت بالشهادة على الشهادة كحقوق الآدميين والثانى انه لا يجوز لأن الشهادة على الشهادة تراد لتأكيد الوثيقة ليتوصل بها الى اثبات الحق وحدود الله تعالى مبنية على الدرء والاسقاط فلم يجز تأكيدها وتوثيقها بالشهادة على الشهادة وما يثبت بالشهادة على الشهادة يثبت بكتاب القاضى الى القاضى وما لا يثبت بالشهادة على الشهادة لا يثبت بكتاب القاضى الى القاضى لان الكتاب لا يثبت الا بتحمل الشهادة من جهة القاضى الكاتب فكان حكمه حكم الشهادة على الشهادة

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز الحكم بالشهادة على الشهادة الا عند تعذر حضور شهود الأصل بالموت أو المرض أو الغيبة لان شهادة الأصل أقوى لانها تثبت نفس الحق والشهادة على الشهادة لا تثبت نفس الحق فلم تقبل مع القدرة على شهود الأصل والغيبة التى يجوز بها الحكم بالشهادة على الشهادة أن يكون شاهد الاصل من موضع الحكم على مسافة اذا حضر لم يقدر أن يرجع بالليل الى منزله فانه تلحقه المشقة فى ذلك وأما اذا كان فى موضع اذا حضر أمكنه أن يرجع الى بيته بالليل لم يجز الحكم بشهادة شهود الفرع لانه يقدر على شهادة شهود الأصل من غير مشقة

﴿ فصل ﴾ ولا يقبل فى الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى شهادة النساء لانه ليس بمال ولا المقصود منه المال وهو مما يطلع عليه الرجال فلم يقبل فيه شهادة النساء كالنكاح

﴿ فصل ﴾ ولا يقبل الا من عدد لانه شهادة فاعتبر فيها العدد كسائر الشهادات وان كان شهود الاصل اثنين فشهد على أحدهما شاهدان وعلى الآخر شاهدان جاز لانه يثبت قول كل واحد منهما بشاهدين وان شهد واحد على شهادة أحدهما وشهد الآخر على شهادة الثانى لم يجز لانه اثبات قول بشهادة واحد فان شهد اثنان على شهادة أحدهما ثم شهدا على شهادة الآخر ففيه قولان أحدهما أنه يجوز لانه اثبات قول اثنين فجاز بشاهدين كالشهادة على اقرار نفسين والثانى أنه لا يجوز وهو اختيار المزنى رحمه الله تعالى لانهما قاما فى التحمل مقام شاهد واحد فى حق واحد فاذا شهدا فيه على الشاهد الآخر صارا كالشاهد اذا شهد بالحق مرتين واذا كان شهود الاصل رجلا وامرأتين قبل فى أحد القولين شهادة اثنين على شهادة كل واحد منهم ولا يقبل فى الآخر الا ستة يشهد كل اثنين على شهادة واحد منهم وان كان شهود الاصل أربع نسوة وهو فى الولادة والرضاع قبل فى أحد القولين شهادة رجلين على كل واحدة منهن ولا يقبل فى الآخر الا شهادة ثمانية يشهد كل اثنين على شهادة واحدة منهن وان كان شهود الاصل أربعة من الرجال وهو فى الزنا وقلنا انه تقبل الشهادة على الشهادة فى الحدود فان قلنا يقبل شاهدان على شاهدى الاصل فى غير الزنا ففى حد الزنا قولان أحدهما أنه يكفى شاهدان فى اثبات شهادة الاربعة كما يكفى شاهدان فى اثبات شهادة اثنين والثانى أنه يحتاج الى أربعة لان فيما يثبت باثنين تحتاج شهادة كل واحد منهما الى العدد الذى يثبت به أصل الحق وهو اثنان وأصل الحق ههنا لا يثبت الا بأربعة فلم تثبت شهادتهم الا بأربعة فان قلنا انه لا يقبل فيما يثبت بشاهدين الا أربعة ففى حد الزنا قولان أحدهما أنه يحتاج الى ثمانية ليثبت بشهادة كل شاهدين شهادة واحد والثانى أنه يحتاج الى ستة عشر لأن ما يثبت بشاهدين لا يثبت كل شاهد الا بما يثبت به أصل الحق وأصل الحق لا يثبت الا بأربعة فلا تثبت شهادة كل واحد منهم الا بأربعة فيصير الجميع ستة عشر

﴿ فصل ﴾ ولا تقبل الشهادة على الشهادة حتى يسمي شاهد الفرع شاهد الاصل بما يعرف به لان عدالته شرط فاذا لم تعرف لم تعلم عدالته فان سماهم شهود الفرع وعدلوهم حكم بشهادتهم لانهم غير متهمين فى تعديلهم وان قالوا نشهد على شهادة عدلين ولم يسموا لم يحكم بشهادتهم لانه يجوز أن يكونوا عدولا عندهم غير عدول عند الحاكم

﴿ فصل ﴾ ولا يصح تحمل الشهادة على الشهادة الا من ثلاثة أوجه أحدها أن يسمع رجلا يقول أشهد أن لفلان على فلان كذا مضافا الى سبب يوجب المال من ثمن مبيع أو مهر لانه لا يحتمل مع ذكر السبب الا الوجوب والثانى أن يسمعه يشهد عند الحاكم على رجل بحق لانه لا يشهد عند الحاكم الا بما يلزم الحكم به والثالث أن يسترعيه رجل بأن يقول أشهد أن لفلان على فلان كذا فاشهدوا على شهادتى بذلك لأنه لا يسترعيه الا على واجب لأن الاسترعاء وثيقة والوثيقة لا تكون الا على واجب وأما اذا سمع رجلا فى دكانه أو طريقه يقول أشهد أن لفلان على فلان ألف درهم ولم يقل فاشهد على شهادتى لم يحكم به لانه يحتمل أنه أراد أن له عليه ألفا من وعد وعده بها فلم يجز تحمل الشهادة عليه مع الاحتمال وان سمع رجلا يقول لفلان علىّ ألف درهم فهل يجوز أن يشهد عليه بذلك فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحاق انه لا يجوز أن يشهد عليه كما لا يجوز أن يتحمل الشهادة عليه والثانى وهو المنصوص أنه يجوز أن يشهد عليه والفرق بينه وبين التحمل أن المقر يوجب الحق على نفسه فجاز من غير استرعاء والشاهد يوجب الحق على غيره فاعتبر فيه الاسترعاء ولأن الشهادة آكد لانه يعتبر فيها العدالة ولا يعتبر ذلك فى الاقرار

﴿ فصل ﴾ واذا أراد شاهد الفرع أن يؤدى الشهادة أداها على الصفة التى تحملها فان سمعه يشهد بحق مضاف الى سبب يوجب الحق ذكره وان سمعه يشهد عند الحاكم ذكره وان أشهده شاهد الاصل على شهادته أو استرعاه قال أشهد أن فلانا يشهد أن لفلان على فلان كذا وأشهدنى على شهادته

﴿ فصل ﴾ وان رجع شهود الاصل قبل الحكم بشهادة الفرع بطلت شهادة الفرع لأنه بطل الاصل فبطل الفرع وان شهد شهود الفرع ثم حضر شهود الاصل قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم لانه قدر على الاصل فلا يجوز الحكم بالبدل والله أعلم

﴿ باب اختلاف الشهود فى الشهادة ﴾

اذا ادعى رجل على رجل ألفين وشهد له شاهد أنه أقر له بألف وشهد آخر أنه أقر بألفين ثبت له ألف بشهادتهما لانهما اتفقا على اثباتها وله أن يحلف مع شاهد الالفين و يثبت له الألف الأخرى لأنه شهد له بها شاهد وان ادعى ألفا فشهد له شاهد بألف وشهد آخر بألفين ففيه وجهان أحدهما أنه يحلف مع الذى شهد له بالالف و يقضى له و تسقط شهادة من شهد له بالالفين لأنه صار مكذبا له فسقطت شهادته له فى الجميع والثانى أنه يثبت له الالف بشهادتهما و يحلف و يستحق الالف الاخرى ولا يصير مكذبا بالشهادة لأنه يجوز أن يكون له حق و يدعى بعضه و يجوز أنه لم يعلم أن له من يشهد له بالالفين

﴿ فصل ﴾ وان شهد شاهد على رجل أنه زنى بامرأة فى زاوية من بيت وشهد آخر أنه زنى بها فى زاوية ثانية وشهد آخر أنه زنى بها فى زاوية ثالثة وشهد آخر أنه زنى بها فى زاوية رابعة لم يجب الحد على المشهود عليه لأنه لم تكمل البينة على فعل واحد وهل يجب حد القذف على الشهود على القولين وان شهد اثنان أنه زنى بها وهى مطاوعة وشهد اثنان أنه زنى بها وهى مكرهة لم يجب الحد عليها لأنه لم تكمل بينة الحد فى زناها وأما الرجل فالمذهب أنه لا يجب عليه الحد وخرج أبو العباس وجها آخر أنه يجب عليه الحد لانهم اتفقوا على أنه زنى وهذا خطأ لأن زناه بها وهى مطاوعة غير زناه بها وهى مكرهة فصار كما لو شهد

(قوله الفرع) مأخوذ من فروع الشجرة وهى أغصانها التى تنمى عن الاصول. وفروع كل شىء أعلاه أيضا (قوله أن يسترعيه) الاسترعاء فى الشهادات مأخوذ من قولهم أرعيته سمعى أى أصغيت اليه، ومنه قوله راعنا: قال الاخفش معناه أرعنا سمعك

﴿ ومن باب اختلاف الشهود فى الشهادة ﴾

(قوله فى زاوية) الزاوية واحدة الزوايا . وأصله فاعلة من زويت الشىء أى قبضته وجمعته، كأنها تقبض وتجمع ما فيها . وفى الحديث زويت لى الارض

اثنان أنه زنى بها فى زاوية وشهد آخران أنه زنى بها فى زاوية أخرى

﴿ فصل ﴾ وان شهد شاهد انه قذف رجلا بالعربية وشهد آخر انه قذفه بالعجمية أو شهد أحدهما انه قذفه يوم الخميس وشهد آخر انه قذفه يوم الجمعة لم يجب الحد لانه لم تكمل البينة على قذف واحد وان شهد أحدهما انه أقر بالعربية انه قذفه وشهد آخر انه أقر بالعجمية انه قذفه أو شهد أحدهما انه أقر بالقذف يوم الخميس وشهد الآخر انه أقر بالقذف يوم الجمعة وجب الحد لان المقر به واحد وان اختلفت العبارة فيه

﴿ فصل ﴾ وان شهد شاهد انه سرق من رجل كبشا أبيض غدوة وشهد آخر انه سرق ذلك الكبش بعينه عشية لم يجب الحد لانه لم تكمل بينة الحد على سرقة واحدة وللمسروق منه أن يحلف ويقضى له بالغرم لان الغرم يثبت بشاهد ويمين فان شهد شاهدان انه سرق كبشا أبيض غدوة وشهد آخران انه سرق منه ذلك الكبش بعينه عشية تعارضت البينتان ولم يحكم بواحدة منهما وتخالف المسئلة قبلها فان كل واحد من الشاهدين ليس ببينة والتعارض لا يكون فى غير بينة وههنا كل واحد منهما بينة فتعارضتا وسقطتا وان شهد شاهد انه سرق منه كبشا غدوة وشهد آخر انه سرق منه كبشا عشية ولم يعينا الكبش لم يجب الحد لانه لم تكمل بينة الحد وله أن يحلف مع أيهما شاء ويحكم له فان ادعى الكبشين حلف مع كل واحد منهما يمينا وحكم له بهما لانه لا تعارض بينهما وان شهد شاهدان انه سرق كبشا غدوة وشهد آخران انه سرق منه كبشا عشية وجب القطع والغرم فيهما لانه كملت بينة الحد والغرم وان شهد شاهد انه سرق ثوبا وقيمته ثمن دينار وشهد آخر انه سرق ذلك الثوب وقيمته ربع دينار لم يجب القطع لانه لم تكمل بينة الحد ووجب له الثمن لانه اتفق عليه الشاهدان وله أن يحلف على الثمن الآخر ويحكم له لانه انفرد به شاهد فقضى به مع اليمين وان اتلف عليه ثوبا فشهد شاهدان أن قيمته عشرة وشهد آخران أن قيمته عشرون قضى بالعشرة لأن البينتين اتفقتا على العشرة وتعارضتا فى الزيادة لان احداهما تثبتها والأخرى تنفيها فسقطت

﴿ فصل ﴾ وان شهد شاهدان على رجلين انهما قتلا فلانا وشهد المشهود عليهما على الشاهدين انهما قتلاه فان صدق الولى الأولين حكم بشهادتهما ويقتل الآخران لان الأولين غير متهمين فيما شهدا به والآخران متهمان لانهما يدفعان عن انفسهما القتل وان كذب الولى الأولين وصدق الآخرين بطلت شهادة الجميع لأن الأولين كذبهما الولى والآخران يدفعان عن أنفسهما القتل

﴿ فصل ﴾ وان ادعى رجل على رجل انه قتل مورثه عمدا وقال المدعى عليه قتلته خطأ فأقام المدعى شاهدين فشهد أحدهما انه أقر بقتله عمدا وشهد الآخر على اقراره بالقتل خطأ فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لأن صفة القتل لا تثبت بشاهد واحد فاذا حلف ثبتت دية الخطأ فان نكل حلف المدعى انه قتله عمدا ويجب القصاص أو دية مغلظة

﴿ فصل ﴾ وان قتل رجل عمدا وله وارثان ابنان أو أخوان فشهد أحدهما على أخيه انه عفا عن القود والمال سقط القود عن القاتل عدلا كان أو فاسقا لأن شهادته على أخيه تضمنت الاقرار بسقوط القود فأما الدية فان نصيب الشاهد يثبت لانه ما عفا عنه وأما نصيب المشهود عليه فانه ان كان الشاهد ممن لا تقبل شهادته حلف المشهود عليه انه ما عفا ويستحق نصف الدية وان كان ممن تقبل شهادته حلف القاتل معه ويسقط عنه حقه من الدية لأن ما طريقه المال يثبت بالشاهد واليمين وفى كيفية اليمين وجهان أحدهما انه يحلف انه قد عفا عن المال والثانى انه يحلف انه قد عفا عن القود والمال وهو ظاهر النص لانه قد يعفو عن الدية ولا يسقط حقه منها وهو اذا قلنا ان قتل العمد لا يوجب غير القود فاذا عفا عن الدية كان ذلك كلا عفو فوجب أن يحلف انه ما عفا عن القود والدية

﴿ فصل ﴾ وان شهد شاهد انه قال وكلتك وشهد آخر انه قال أذنت لك أو أنت جرى لم تثبت الوكالة لان شهادتهما لم تتفق على قول واحد وان شهد أحدهما انه قال وكلتك وشهد الآخر انه أذن له فى التصرف أو انه سلطه على التصرف ثبتت الوكالة لأن

(قوله سرق كبشا) هو بالشين المعجمة والباء بواحدة. ومن قال كيسا بالياء باثنتين من تحتها والسين المهملة فقد أخطأ

أحدهما ذكر اللفظ والآخر ذكر المعنى ولم يخالفه الآخر الا فى اللفظ

﴿ فصل ﴾ وان شهد شاهدان على رجل أنه أعتق فى مرضه عبده سالما وقيمته ثلث ماله وشهد آخر أنه اعتق غانما وقيمته ثلث ماله فان علم السابق منهما عتق ورق الآخر وان لم يعلم ذلك ففيه قولان أحدهما أنه يقرع بينهما لأنه لا يمكن الجمع بينهما لأن الثلث لا يحتملهما وليس أحدهما بأولى من الآخر فأقرع بينهما كما لو أعتق عبدين وعجز الثلث عنهما والقول الثانى أنه يعتق من كل واحد منهما النصف لأن السابق حر والثانى عبد فاذا أقرع بينهما لم يؤمن أن يخرج سهم الرق على السابق وهو حر فيسترق وسهم العتق على الثانى فيعتق وهو عبد فوجب أن يعتق من كل واحد منهما النصف لتساويهما كما لو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بالثلث ولم يجز الورثة ما زاد على الثلث فان الثلث يقسم عليهما وان شهد شاهدان على رجل انه أوصى لرجل بثلث ماله وشهد آخران أنه رجع عن الوصية وأوصى لآخر بالثلث بطلت الوصية الأولى وصحت الوصية للثانى وان ادعى رجل على رجلين أنهما رهنا عبدا لهما عنده بدين له عليهما فصدقه كل واحد منهما فى حق شريكه وكذبه فى حق نفسه ففيه وجهان أحدهما أنه لا تقبل شهادتهما لانه يدعى أن كل واحد منهما كاذب والثانى تقبل شهادتهما ويحلف مع كل واحد منهما ويصير العبد رهنا عنده لانه يجوز أن يكون قد نسى فلا يكون كذبه معلوما

﴿ باب الرجوع عن الشهادة ﴾

اذا شهد الشهود بحق ثم رجعوا عن الشهادة لم يخل اما أن يكون قبل الحكم أو بعد الحكم وقبل الاستيفاء أو بعد الحكم و بعد الاستيفاء فان كان قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم وحكى عن أبى ثور أنه قال يحكم وهذا خطأ لانه يحتمل أن يكونوا صادقين فى الشهادة كاذبين فى الرجوع و يجوز أن يكونوا صادقين فى الرجوع كاذبين فى الشهادة ولم يحكم مع الشك كما لو جهل عدالة الشهود فان رجعوا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فان كان فى حد أو قصاص لم يجز الاستيفاء لان هذه الحقوق تسقط بالشبهة والرجوع شبهة ظاهرة فلم يجز الاستيفاء بالشبهة معها وان كان مالا أو عقدا فالمنصوص أنه يجوز الاستيفاء ومن أصحابنا من قال لا يجوز لان الحكم غير مستقر قبل الاستيفاء وهذا خطأ لان الحكم نفذ والشبهة لا تؤثر فيه فجاز الاستيفاء وان رجعوا بعد الحكم والاستيفاء لم ينقض الحكم ولا يجب على المشهود له رد ما أخذه لانه يجوز أن يكونوا صادقين و يجوز أن يكونوا كاذبين وقد اقترن بأحد الجائزين الحكم والاستيفاء فلا ينقض برجوع محتمل

﴿ فصل ﴾ وان شهدوا بما يوجب القتل ثم رجعوا نظرت فان قالوا تعمدنا ليقتل بشهادتنا وجب عليهم القود لما روى الشعبى أن رجلين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل أنه سرق فقطعه ثم أتياه برجل آخر فقالا انا أخطأنا بالأول وهذا السارق فابطل شهادتهما على الآخر وضمنهما دية يد الأول وقال لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما ولانهما ألجآه الى قتله بغير حق فلزمهما القود كما لو أكرهاه على قتله وان قالوا تعمدنا الشهادة ولم نعلم أنه يقتل وهم يجهلون قتله وجبت عليهم دية مغلظة لما فيه من العمد ومؤجلة لما فيه من الخطأ فان قالوا أخطأنا وجبت دية مخففة لأنه خطأ ولا تحمله العاقلة لأنها وجبت باعترافهم فان اتفقوا أن بعضهم تعمد و بعضهم أخطأ وجب على المخطئ قسطه من الدية المخففة وعلى المتعمد قسطه من الدية المغلظة ولا يجب عليه القود لمشاركة المخطئ وان اختلفوا فقال بعضهم تعمدنا كلنا وقال بعضهم أخطأنا كلنا وجب على المقر بعمد الجميع القود وعلى المقر بخطأ الجميع قسطه من الدية المخففة وان كانوا أربعة شهدوا بالرجم فقال اثنان منهم تعمدنا وأخطأ هذان وقال الآخران تعمدنا وأخطأ الأولان ففيه قولان أحدهما أنه يجب القود على الجميع لان كل واحد منهم أقر بالعمد وأضاف الخطأ الى من أقر بالعمد فصاروا كما لو أقر جميعهم بالعمد والقول الثانى وهو الصحيح أنه لا قود على واحد منهم بل يجب على كل واحد منهم قسطه من الدية المغلظة لانه لا يؤخذ كل أحد منهم الا باقراره وكل واحد منهم مقر بعمد شاركه فيه مخطئ فلا يجب عليه القود باقرار غيره بالعمد وان قال اثنان تعمدنا كلنا وقال الآخران تعمدنا وأخطأ الاولان فعلى الاولين القود وفى الآخرين القولان أحدهما يجب عليهما القود والثانى وهو الصحيح أنه يجب عليهما قسطهما من الدية المغلظة وقد مضى توجيههما وان قال بعضهم تعمدت ولا أعلم حال الباقين فان قال الباقون تعمدنا وجب القود على الجميع وان قالوا أخطأنا سقط القود عن الجميع

﴿ فصل ﴾ فان رجع بعضهم نظرت فان لم يزد عددهم على عدد البينة بأن شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم ثم رجع واحد منهم وقال أخطأت ضمن ربع الدية وان رجع اثنان ضمنا نصف الدية وان زاد عددهم على عدد البينة بأن شهد خمسة على رجل بالزنا فرجم ورجع واحد منهم لم يجب القود على الراجع لبقاء وجوب القتل على المشهود عليه وهل يجب عليه من الدية شيء فيه وجهان أحدهما وهو الصحيح أنه لا يجب لبقاء وجوب القتل والثانى أنه يجب عليه خمس الدية لان الرجم حصل بشهادتهم فقسمت الدية على عددهم فان رجع اثنان وقالا تعمدنا كلنا وجب عليهما القود وان قالا أخطأنا كلنا ففى الدية وجهان أحدهما أنهما يضمنان الخمس من الدية اعتبارا بعددهم والثانى يضمنان ربع الدية لانه بقى ثلاثة أرباع البينة

﴿ فصل ﴾ وان شهد أربعة بالزنا على رجل وشهد اثنان بالاحصان فرجم ثم رجعوا كلهم عن الشهادة فهل يجب على شهود الاحصان ضمان فيه ثلاثة أوجه أحدها أنه لا يجب لانهم لم يشهدوا بما يوجب القتل والثانى أنه يجب على الجميع لأن الرجم لم يستوف الا بهم والثالث أنهما ان شهدا بالاحصان قبل ثبوت الزنا لم يضمنا لانهما لم يثبتا الا صفة وان شهدا بعد ثبوت الزنا ضمنا لان الرجم لم يستوف الا بهما وفى قدر ما يضمنان من الدية وجهان أحدهما انهما يضمنان نصف الدية لانه رجم بنوعين من البينة الاحصان والزنا فقسمت الدية عليهما والثانى أنه يجب عليهما ثلث الدية لأنه رجم بشهادة ستة فوجب على الاثنين ثلث الدية وان شهد أربعة بالزنا وشهد اثنان منهم بالاحصان قبلت شهادتهما لانهما لا يجران بهذه الشهادة الى أنفسهما نفعا ولا يدفعان عنهما ضررا فان شهدوا فرجم المشهود عليه ثم رجعوا عن الشهادة فان قلنا لا يجب الضمان على شهود الاحصان وجبت الدية عليهم أرباعا على كل واحد منهم ربعها وان قلنا انه يجب الضمان على شهود الاحصان ففى هذه المسألة وجهان أحدهما أنه لا يجب لأجل الشهادة بالاحصان شيء بل يجب على من شهد بالاحصان نصف الدية وعلى الآخرين نصفها لأن الرجوع عن الشهادة صار كالجناية فوجب على كل اثنين نصف الدية كأربعة أنفس جنى اثنان جنايتين وجنى اثنان أربعة جنايات والوجه الثانى أنه يجب الضمان لأجل الشهادة بالاحصان فان قلنا يجب على شاهدى الاحصان نصف الدية وعلى شهود الزنا النصف وجب ههنا على الشاهدين بشهادتهما بالاحصان نصف الدية وقسم النصف بينهم نصفين على شاهدى الاحصان النصف وعلى الآخرين النصف فيصير على شاهدى الاحصان ثلاثة أرباع الدية وعلى الآخرين ربعها واذا قلنا انه يجب على شاهدى الاحصان ثلث الدية وجب ههنا عليهما الثلث بشهادتهما بالاحصان ويبقى الثلثان بينهم النصف على من شهد بالاحصان والنصف على الآخرين فيصير على من شهد بالاحصان ثلثا الدية وعلى من انفرد بشهادة الزنا ثلثها

﴿ فصل ﴾ وان شهد على رجل أربعة بالزنا وشهد اثنان بتزكيتهم فرجم ثم بان أن الشهود كانوا عبيدا أو كفارا وجب الضمان على المزكين لان المرجوم قتل بغير حق ولا شيء على شهود الزنا لانهم يقولون انا شهدنا بالحق ولولى الدم أن يطالب من شاء من الامام أو المزكين لأن الامام رجم والمزكين ألجآه فان طالب الامام رجع على المزكين لأنه رجمه بشهادتهما وان طالب المزكين لم يرجعا على الامام لأنه كالآلة لهما

﴿ فصل ﴾ وان شهد شاهدان على رجل أنه أعتق عبده ثم رجعا عن الشهادة وجب عليهما قيمة العبد لأنهما أتلفاه عليه فلزمهما ضمانه كما لو قتلاه وان شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثم رجعا عن الشهادة فان كان بعد الدخول وجب عليهما مهر المثل لأنهما أتلفا عليه مقوما فلزمهما ضمانه كما لو اتلفا عليه ماله وان كان قبل الدخول ففيه طريقان ذكرناهما فى الرضاع

(قوله بتزكيتهم) تزكية الشهود مدحهم والثناء عليهم يقال زكى فلان بينته أى مدحها . وزكى أى نمى صلاحه من زكى المال ويقال تطهيرهم من قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم . وقوله تعالى غلاما زكيا أى طاهرا وقوله تعالى ما زكى منكم من أحد أبدا أى ما طهر

﴿ فصل ﴾ وان شهدا عليه بمال وحكم عليه ثم رجعا عن الشهادة فالمنصوص أنه لا يرجع على الشهود وقال فيمن فى يده دار فأقر أنه غصبها من فلان ثم أقر أنه غصبها من آخر انها تسلم الى الأول باقراره السابق وهل يجب عليه أن يغرم قيمتها للثانى فيه قولان ورجوع الشهود كرجوع المقر فمن أصحابنا من قال هو على قولين وهو قول أبى العباس أحدهما أنه يرجع على الشهود بالغرم لانهم حالوا بينه و بين ماله بعدوان وهو الشهادة فلزمهم الضمان والثانى أنه لا يرجع عليهم لان العين لا تضمن الا باليد أو بالاتلاف ولم يوجد من الشهود واحد منهما ومن أصحابنا من قال لا يرجع على الشهود قولا واحدا والفرق بينهم و بين الغاصب أن الغاصب ثبتت يده على المال بعدوان والشهود لم تثبت أيديهم على المال والصحيح أن المسألة على قولين والصحيح من القولين أنه يجب عليهم الضمان فان شهد رجل وامرأتان بالمال ثم رجعوا وجب على الرجل النصف وعلى كل امرأة الربع لان كل امرأتين كالرجل وان شهد ثلاثة رجال ثم رجعوا وجب على كل واحد منهم الثلث فان رجع واحد و بقى اثنان ففيه وجهان أحدهما أنه يلزمه ضمان الثلث لان المال يثبت بشهادة الجميع والثانى وهو المذهب أنه لا شىء عليه لانه بقيت بينة يثبت بها المال فان رجع آخر وجب عليه وعلى الأول ضمان النصف لانه انحل نصف البينة وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعوا عن الشهادة وجب على الرجل ضمان السدس وكل امرأة ضمان نصف السدس وقال أبو العباس يجب على الرجل ضمان النصف وعلى النسوة ضمان النصف لان الرجل فى المال بمنزلة نصف البينة فلزمه ضمان النصف والصحيح هو الأول لان الرجل فى المال بمنزلة امرأتين وكل امرأتين بمنزلة رجل فصاروا كستة رجال شهدوا ثم رجعوا فيكون حصة الرجل السدس وحصة كل امرأتين السدس وان رجع ثمانى نسوة لم يجب على الصحيح من المذهب عليهن شىء لأنه بقيت بينة ثبت بها الحق فان رجعت أخرى وجب عليها وعلى الثمانى ضمان الربع وان رجعت أخرى وجب عليها وعلى التسع النصف

﴿ فصل ﴾ وان شهد شاهد بحق ثم مات أو جن أو أغمى عليه قبل الحكم لم تبطل شهادته لان ما حدث لا يوقع شبهة فى الشهادة فلم يمنع الحكم بها وان شهد ثم فسق قبل الحكم لم يجز الحكم بشهادته لان الفسق يوقع شكا فى عدالته عند الشهادة فمنع الحكم بها وان شهد على رجل ثم صار عدوا له بأن قذفه المشهود عليه لم تبطل شهادته لان هذه عداوة حدثت بعد الشهادة فلم تمنع من الحكم بها وان شهد وحكم الحاكم بشهادته ثم فسق فان كان فى مال أو عقد لم يؤثر فى الحكم لانه يجوز أن يكون حادثا و يجوز أن يكون موجودا عند الشهادة فلا ينقض حكم نفذ بأمر محتمل وان كان فى حد أو قصاص لم يجز الاستيفاء لأن ذلك يوقع شبهة فى الشهادة والحد والقصاص مما يسقطان بالشبهة فلم يجز استيفاؤه مع الشبهة

﴿ فصل ﴾ وان حكم بشهادة شاهد ثم بان أنه عبد أو كافر نقض الحكم لانه تيقن الخطأ فى حكمه فوجب نقضه كما لو حكم بالاجتهاد ثم وجد النص بخلافه وان حكم بشهادة شاهد ثم قامت البينة أنه فاسق فان لم تسند الفسق الى حال الحكم لم ينقض الحكم لجواز أن يكون الفسق حدث بعد الحكم فلم ينقض الحكم مع الاحتمال وان قامت البينة أنه كان فاسقا عند الحكم فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق رحمه الله ينقض الحكم قولا واحدا لانه اذا نقض بشهادة العبد ولا نص فى رد شهادته ولا اجماع فلأن ينقض بشهادة الفاسق وقد ثبت رد شهادته بالنص والاجماع أولى وقال أبو العباس رحمه الله فيه قولان أحدهما أنه ينقض لما ذكرناه والثانى أنه لا ينقض لأن فسقه ثبت بالبينة من جهة الظاهر فلا ينقض حكم نفذ فى الظاهر والصحيح هو الأول لأن هذا يبطل به اذا حكم بالاجتهاد فيه ثم وجد النص بخلافه فان النص ثبت من جهة الظاهر وهو خبر الواحد ثم ينقض به الحكم

﴿ فصل ﴾ واذا نقض الحكم نظرت فان كان المحكوم به قطعا أو قتلا وجب على الحاكم ضمانه لانه لا يمكن ايجابه على الشهود لانهم يقولون شهدنا بالحق ولا يمكن ايجابه على المشهود له لانه يقول استوفيت حقى فوجب على الحاكم الذى حكم بالاتلاف ولم يبحث عن الشهادة وفى الموضع الذى يضمن قولان أحدهما فى بيت المال والثانى على عاقلته وقد بيناه فى الديات وان كان المحكوم به مالا فان كان باقيا فى يد المحكوم له وجب عليه رده وان كان تالفا وجب عليه ضمانه لأنه حصل فى يده بغير حق و يخالف ضمان القطع والقتل حيث لم نوجب على المحكوم له لأن الجناية لا تضمن الا أن تكون محرمة و بحكم الحاكم خرج عن أن يكون محرما فوجب على الحاكم دونه

﴿ فصل ﴾ ومن حكم له الحاكم بمال أو بضع أو غيرهما بيمين فاجرة أو شهادة زور لم يحل له ما حكم له به لما روت أم سلمة رضى الله

عنها أن النبي ﷺ قال انكم تختصمون الي وانما أنا بشر ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له بما أسمع وأظنه صادقا فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فانما أقطع له قطعة من النار فليأخذها أو ليدعها ولانه يقطع بتحريم ما حكم له به فلم يحل له بحكمه كما لو حكم له بما يخالف النص والاجماع

﴿ كتاب الاقرار ﴾

الحكم بالاقرار واجب لقوله ﷺ يا أنيس اغد على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولان النبي ﷺ رجم ماعزا والغامدية باقرارهما ولانه اذا وجب الحكم بالشهادة فلأن يجب بالاقرار وهو من الريبة أبعد أولى

﴿فصل﴾ وان كان المقر به حقا لآدمي أو حقا لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة والكفارة ودعت الحاجة الى الاقرار به لزمه الاقرار به لقوله عز وجل كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم ولقوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل والاملال هو الاقرار فان كان حقا لله تعالى يسقط بالشبهة فقد بيناه في كتاب الشهادات

﴿فصل﴾ ولا يصح الاقرار الا من بالغ عاقل مختار فأما الصبي والمجنون فلا يصح اقرارهما لقوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق ولانه التزام حق بالقول فلم يصح من الصبي والمجنون كالبيع فان أقر مراهق وادعى أنه غير بالغ فالقول قوله وعلى المقر له أن يقيم البينة على بلوغه ولا يحلف المقر لأنا حكمنا بأنه غير بالغ وأما السكران فان كان سكره بسبب مباح فهو كالمجنون وان كان بمعصية الله فعلى ما ذكرناه في الطلاق وأما المكره فلا يصح اقراره لقوله عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولانه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع ويصح اقرار السفيه والمفلس بالحد والقصاص لانه غير متهم وأما اقراره بالمال فقد بيناه في الحجر والتفليس

﴿فصل﴾ ويصح اقرار العبد بالحد والقصاص لان الحق عليه دون مولاه ولا يقبل اقرار المولى عليه في ذلك لأن المولى لا يملك من العبد الا المال وان جنى رجل على عبد جناية توجب القصاص أو قذفه قذفا يوجب التعزير ثبت القصاص والتعزير له وله المطالبة به

(قوله ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته) أي أفطن وأقوم بها يقال لحن يلحن لحنا بفتح الحاء اذا أصاب وفطن قالوا وأما اللحن باسكان الحاء فهو الخطأ واللحن أيضا اللغة ومنه قول عمر رضي الله عنه أبي أقرؤنا وانا لنرغب عن كثير من لحنه أي لغته وكان يقرأ التابوه قال

وقوم لهم لحن سوى لحن قومنا * وشكل وبيت الله لسنا نشاكله

واللحن أيضا التعريض والاشاره قال أبو زيد يقال لحنت له بالفتح لحنا اذا قلت له قولا يفهمه عنك ويخفى عن غيره ومنه قوله تعالى ولتعرفنهم في لحن القول قال ابن الانباري معناه وانعرفنهم في معنى القول. وقال العزيزي نحوى القول ومعناه. وقال الهروي في نحوه وقصده وأنشدوا للقتال الكلابي

ولقد لحنت لكم لكيما تفهموا * ووحيت وحيا ليس بالمرتاب

﴿ ومن كتاب الاقرار ﴾

الاقرار اخبار عما أقر وثبت وتقدم ومعناه الاعتراف وترك الانكار من استقر بالمكان اذا وقف فيه ولم يتحول عنه. وقرار الماء وقرارته حيث ينتهي جريانه ويستقر قال عنترة

جادت علينا كل بكر حرة * فتركن كل قرارة كالدرهم

(قوله قوامين بالقسط) أي بالعدل بكسر القاف وبفتحها الجور وقال آخر

ليتهم أقسطوا اذا قسطوا * فالزمان قسط وقسط

(قوله فليملل وليه بالعدل) يقال أمل عليه بمعنى أملى وأمللت عليه الكتاب (قوله فان أقر مراهق) يقال راهق الغلام فهو مراهق اذا قارب الاحتلام

والعفو عنه وليس للمولى المطالبة به ولا العفو عنه لانه حق غير مال فكان له دون المولى ولا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ لأنه ايجاب مال فى رقبته ويقبل اقرار المولى عليه لأنه ايجاب حق فى ماله و يقبل اقرار العبد المأذون فى دين المعاملة ويجب قضاؤه من المال الذى فى يده لان المولى سلطه عليه ولا يقبل اقرار غير المأذون فى دين معاملة فى الحال و يتبع به اذا عتق لأنه لا يمكن أخذه من رقبته لأنا نلزمه برضى من له الحق وان أقر بسرقة مال لا يجب فيه القطع كمال دون النصاب وما سرق من غير حرز وصدقه المولى وجب التسليم ان كان باقيا وتعلق برقبته ان كان تالفا لأنا نلزمه بغير رضى صاحبه وان كذبه المولى كان فى ذمته يتبع به اذا عتق وان وجب فيه القطع قطع لأنه غير متهم فى ايجاب القطع وفى المال قولان واختلف أصحابنا فى موضع القولين على ثلاثة طرق أحدها وهو قول أبى اسحق انه ان كان المال فى يده ففيه قولان أحدهما انه يسلم اليه لأنه انتفت التهمة عنه فى ايجاب القطع على نفسه والثانى أنه لا يسلم لأن يده كيد المولى فلم يقبل اقراره فيه كما لو كان المال فى يد المولى وان كان المال تالفا لم يقبل اقراره ولا يتعلق برقبته قولا واحدا لأن الغرم محلا يثبت فيه وهو ذمته والطريق الثانى وهو قول القاضى أبى حامد المروروذى رحمه الله أنه ان كان المال تالفا ففيه قولان أحدهما أنه يتعلق برقبته يباع فيه والثانى أنه لا يتعلق برقبته وان كان باقيا لم يقبل اقراره قولا واحدا لأن يده كيد المولى فلم يقبل اقراره فيه كما لو أقر بسرقة مال فى يد المولى والطريق الثالث وهو قول أبى على ابن أبى هريرة أن القولين فى الحالين سواء كان المال باقيا أو تالفا لان العبد وما فى يده فى حكم ما فى يد المولى فان قبل فى أحدهما قبل فى الآخر وان رد فى أحدهما رد فى الآخر فلا معنى للفرق بينهما

﴿فصل﴾ وان باع السيد عبده من نفسه فقد نص فى الأم أنه يجوز وقال الربيع رحمه الله فيه قول آخر أنه لا يجوز واختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق وأبو على ابن أبى هريرة يجوز قولا واحدا وذهب القاضى أبو حامد المروروذى والشيخ أبو حامد الاسفراينى رحمهما الله الى أنها على قولين أحدهما أنه يجوز لانه اذا جازت كتابته فلأن يجوز بيعه وهو أثبت والعتق فيه أسرع أولى والثانى أنه لا يجوز لأنه لا يجوز بيعه بما فى يده لأنه للمولى ولا يجوز بمال فى ذمته لأن المولى لا يثبت له مال فى ذمة عبده فاذا قلنا انه يجوز وهو الصحيح فأقر المولى انه باعه من نفسه وأنكر العبد عتق باقراره وحلف العبد أنه لم يشتر نفسه ولا يجب عليه الثمن

﴿فصل﴾ و يقبل اقرار المريض بالحد والقصاص لأنه غير متهم و يقبل اقراره بالمال لغير وارث لأنه غير متهم فى حقه وان أقر لرجل بدين فى الصحة وأقر لآخر بدين فى المرض وضاق المال عنهما قسم بينهما على قدر الدينين لأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال ولم يقدم أحدهما على الآخر كما لو أقر لهما فى حال الصحة واختلف أصحابنا فى اقراره للوارث فمنهم من قال فيه قولان أحدهما أنه لا يقبل لأنه اثبات مال للوارث بقوله من غير رضى الورثة فلم يصح من غير رضى سائر الورثة كالوصية والثانى أنه يقبل وهو الصحيح لأن من صح اقراره له فى الصحة صح اقراره فى المرض كالأجنبى ومن أصحابنا من قال يقبل اقراره قولا واحدا والقول الآخر حكاه عن غيره وان كان وارثه أخا فأقر له بمال فلم يمت المقر حتى حدث له ابن صح اقراره للأخ قولا واحدا لأنه خرج عن أن يكون وارثا وان أقر لأخيه وله ابن فلم يمت حتى مات الابن صار الاقرار للوارث فيكون على ما ذكرناه من الطريقين فى الاقرار للوارث وان ملك رجل أخاه ثم أقر فى مرضه أنه كان أعتقه فى صحته وهو أقرب عصبته بعد عتقه هل يرث أم لا ان قلنا ان الاقرار للوارث لا يصح لم يرث لأن توريثه يوجب ابطال الاقرار بحريته واذا بطلت الحرية سقط الارث فثبتت الحرية وسقط الارث وان قلنا ان الاقرار للوارث يصح نفذ العتق باقراره وثبت الارث بنسبه

﴿فصل﴾ و يصح الاقرار لكل من يثبت له الحق المقر به فان أقر لعبد بالنكاح أو القصاص أو تعزير القذف صح الاقرار له صدقه السيد أو كذبه لأن الحق له دون المولى فان أقر له بمال فان قلنا انه يملك المال صح الاقرار وان قلنا انه لا يملك كان الاقرار لمولاه يلزم بتصديقه و يبطل برده

﴿فصل﴾ وان أقر لحمل بمال فان عزاه الى ارث أو وصية صح الاقرار فان أطلق ففيه قولان أحدهما أنه لا يصح لأنه

(قوله فان عزاه الى ارث) أى نسبه وأضافه وقد ذكر . وقوله مصنع . المصنع كالحوض يجمع فيه ماء المطر وكذلك المصنعة بضم النون هكذا ذكره الجوهرى وحقيقته البركة . وحدث أبو الحسن اللؤلؤى وكان خيرا فاضلا قال كنت مولعا بالحج فحججت

لايثبت له الحق من جهة المعاملة ولامن جهة الجناية والثانى أنه يصح وهو الصحيح لانه يجوز أن يملكه بوجه صحيح وهو الارث أو الوصية فصح الاقرار له مطلقا كالطفل ولا يصح الاقرار الا لحمل بتيقن وجوده عند الاقرار كما بيناه فى كتاب الوصية وان أقر لمسجد أو مصنع وعزاه الى سبب صحيح من غلة وقف عليه صح الاقرار فان أطلق ففيه وجهان بناء على القولين فى الاقرار للحمل

﴿فصل﴾ وان أقر بحق لآدمى أو بحق لله تعالى لا يسقط بالشبهة ثم رجع فى اقراره لم يقبل رجوعه لأنه حق ثبت لغيره فلم يملك اسقاطه بغير رضاه وان أقر بحق لله عز وجل يسقط بالشبهة نظرت فان كان حد الزنا أو حد الشرب قبل رجوعه وقال أبو ثور رحمه الله لا يقبل لأنه حق ثبت بالاقرار فلم يسقط بالرجوع كالقصاص وحد القذف وهذا خطأ لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال أتى رجل من أسلم الى رسول الله ﷺ فقال يارسول الله ان الأخر زنى فأعرض عنه رسول الله ﷺ فتنحى لشق وجهه الذى أعرض عنه فقال يارسول الله ان الأخر زنى فأعرض عنه رسول الله ﷺ فتنحى لشق وجهه الذى أعرض عنه فقال يارسول الله ان الأخر زنى فأعرض عنه رسول الله ﷺ فتنحى له الرابعة فلما شهد على نفسه أربع مرات دعاه رسول الله ﷺ فقال هل بك جنون فقال لا فقال رسول الله ﷺ اذهبوا به فارجموه وكان قد أحصن فلو لم يسقط بالرجوع لما عرض له ويخالف القصاص وحد القذف فان ذلك يجب لحق الآدمى وهذا يجب لحق الله تعالى وقد ندب فيه الى الستر وان كان حد السرقة أو قطع الطريق ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقبل فيه الرجوع لأنه حق يجب لصيانة حق الآدمى فلم يقبل فيه الرجوع عن الاقرار كحد القذف والثانى وهو الصحيح أنه يقبل لما روى أبو أمية المخزومى أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف فقال رسول الله ﷺ ما اخالك سرقت فقال له مرتين أو ثلاثا ثم أمر بقطعه فلو لم يقبل فيه رجوعه لما عرض له ولأنه حق لله تعالى يقبل فيه الرجوع عن الاقرار كحد الزنا والشرب

﴿فصل﴾ وما قبل فيه الرجوع عن الاقرار اذا أقر به فالمستحب للامام أن يعرضه للرجوع لما رويناه من حديث أبى هريرة وحديث أبى أمية المخزومى فان أقر فأقيم عليه بعض الحد ثم رجع عن الاقرار قبل لأنه اذا سقط بالرجوع جميع الحد سقط بعضه وان وجد ألم الحد فهرب فالأولى أن يخلى لأنه ربما رجع عن الاقرار فيسقط عنه الحد وان اتبع وأقيم عليه تمام الحد جاز لما روى الزهرى قال أخبرنى من سمع جابر بن عبد الله قال كنت فيمن رجم ماعزا فرجمناه فى المصلى بالمدينة فلما أذلقته الحجارة جمز حتى أدركناه بالحرة فرجمناه حتى مات فلو لم يجز ذلك لأنكر عليهم النبى ﷺ وضمنهم ولأن الهرب ليس بصريح فى الرجوع فلم يسقط به الحد

فى بعض السنين وعطشت عطشا شديدا فأجلست عديلى فى وسط المحمل ونزلت أطلب الماء والناس قد عطشوا فلم أزل أسأل رجلا رجلا ومحملا محملا معكم ماء واذا الناس شرع واحد حتى صرت فى ساقة القافلة بميل أو ميلين فررت بمصنع مصهرج فاذا رجل فقير جالس فى أرض المصنع وقد غرز عصاه فى أرض المصنع والماء ينبع من موضع العصا وهو يشرب فنزلت اليه فشربت حتى رويت وجئت الى القافلة والناس قد نزلوا فأخرجت قربة ومضيت فلأتها ورآنى الناس فتبادروا بالقرب فرووا عن آخرهم فلما روى الناس وسارت القافلة جئت لأنظر فاذا البركة ملأى تلتطم أمواجها. والمصانع أيضا الحصون وقد فسر قوله تعالى وتتخذون مصانع قال مجاهد قصور مشيدة قال

تركن ديارهم منهم قفارا * وهدمن المصانع والبروجا

وقال قتادة هى برك الماء وقال لبيد

بلينا وماتبلى النجوم الطوالع * وتبقى جبال بعدنا ومصانع

وقوله ان الأخر زنى ذكر (قوله فتنحى لشق وجهه) أى أتاه من ناحيته الاخرى وقيل مال واعتمد وكذا الانتحاء الاعتماد والميل (قوله ما اخالك سرقت) أى ما أظنك يقال أخال بفتح الهمزة واخال بكسرها والكسر أفصح والقياس الفتح (قوله فلما أذلقته الحجارة) أى أصابته بحدها والحجارة المذلقة المحدودة وذلق كل شىء حده وفلان ذلق اللسان حديده (قوله جمز) أى عدا وأسرع. والجمز ضرب من السير أشد من العنق والناقة تعدو الجمزى

﴿فصل﴾ ومن أقر لرجل بمال في يده فكذبه المقر له بطل الاقرار لأنه رده وفي المال وجهان أحدهما أنه يؤخذ منه ويحفظ لأنه لا يدعيه والمقر له لا يدعيه فوجب على الامام حفظه كالمال الضائع والثاني أنه لا يؤخذ منه لأنه محكوم له بملكه فاذا رده المقر له بقي على ملكه

﴿فصل﴾ فان أقر الزوج أن امرأته أخته من الرضاع وكذبته المرأة قبل قوله في فسخ النكاح لأنه اقرار في حق نفسه ولا يقبل اقراره في اسقاط مهرها لأن قوله لا يقبل في حق غيره وان أقرت المرأة أن الزوج أخوها من الرضاع وأنكر الزوج لم يقبل قولها في فسخ النكاح لأنه اقرار في حق غيرها وقبل قولها في اسقاط المهر لأنه اقرار في حق نفسها

﴿فصل﴾ وان قال لرجل لي عندك ألف فقال لا أنكر لم يكن اقرارا لانه يحتمل أن يريد انى لا أنكر أنه مبطل في دعواه وان قال أقر لم يكن اقرارا لانه وعد بالاقرار وان قال لا أنكر أن تكون محقا لم يكن اقرارا لانه يحتمل أنه يريد انى لا أنكر أن تكون محقا في اعتقاده وان قال لا أنكر أن تكون محقا في دعواك كان اقرارا لانه لا يحتمل غير الاقرار وان قال أنا مقر ففيه وجهان أحدهما وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني رحمه الله أنه لا يكون اقرارا لانه يحتمل أنه يريد انى مقر ببطلان دعواك والوجه الثاني أن يكون اقرارا لانه جواب عن الدعوى فانصرف الاقرار الى ما ادعى عليه وان قال لي عليك ألف فقال نعم أو أجل أو صدق أو لعمري كان مقرا لان هذه الالفاظ وضعت للتصديق وان قال لعل أو عسى لم يكن اقرارا الا انها ألفاظ وضعت للشك والترجي وان قال أظن أو أحسب أو أقدر لم يكن اقرارا لان هذه الالفاظ تستعمل في الشك وان قال له علي ّ في علمي كان اقرارا الان ما عليه في علمه لا يحتمل الا الوجوب وان قال اقض الالف التي لي عليك فقال نعم كان اقرارا لانه تصديق لما ادعاه وان قال اشتر عبدي هذا فقال نعم أو أعطني عبدي هذا فقال نعم كان اقرارا بالعبد لما ذكرناه وان ادعى عليه ألفا فقال خذ أو اتزن لم يكن اقرارا لانه يحتمل أنه أراد خذ الجواب مني أو اتزن ان كان ذلك على غيري وان قال خذها أو اتزنها ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي عبد الله الزبيري رحمه الله أنه يكون اقرارا لان هاء الكناية ترجع الى ما تقدم من الدعوى والثاني وهو قول عامة أصحابنا أنه لا يكون اقرارا لان هاء الصفات ترجع الى المدعى به ولم يقر أنه واجب وان قال وهي صحاح فقد قال أبو عبد الله الزبيري انه اقرار لانها صفة للمدعى والاقرار بالصفة اقرار بالموصوف وقال عامة أصحابنا لا يكون اقرارا لان الصفة ترجع الى المدعى ولا تقتضي الوجوب عليه وان قال له علي ّ ألف ان شاء الله لم يلزمه شيء لان ما علق على مشيئة الله تعالى لا سبيل الى معرفته وان قال له علي ّ ألف ان شاء زيد أو له علي ألف ان قدم فلان لم يلزمه شيء لان ما لا يلزمه لا يصير واجبا عليه بوجود الشرط وان قال ان شهد لك فلان وفلان بدينار فهما صادقان ففيه وجهان أحدهما أنه ليس باقرار لانه اقرار معلق على شرط فلم يصح كما لو قال ان شهد فلان علي ّ صدقته أو وزنت ولأن الشافعي رحمه الله قال اذا قال لفلان علي ألف ان شهد بها علي فلان وفلان لم يكن اقرارا فان شهدا عليه وهما عدلان لزمه بالشهادة دون الاقرار والثاني وهو قول أبي العباس بن القاص أنه اقرار وان لم يشهدا به وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب الطبري رحمه الله لأنه أخبر أنه ان شهدا به فهما صادقان ولا يجوز أن يكونا صادقين الا والدينار واجب عليه لأنه لو لم يكن واجبا عليه لكان الشاهد به كاذبا فاذا قال يكون صادقا دل على أن المشهود به ثابت فصار كما لو شهد عليه رجل بدينار فقال صدق الشاهد ويخالف قوله ان شهد فلان صدقته أو وزنت لك لأنه قد يصدق الانسان من ليس بصادق وقد يزن بقوله ما لا يلزمه ويخالف ما قال الشافعي رحمه الله لفلان علي ّ ألف ان شهد به فلان وفلان لأن وجوب الألف لا يجوز أن يتعلق بشهادة من يشهد عليه فاذا علق بشهادته دل على أنه غير واجب وههنا لم يعلق وجوب الدينار بالشهادة وانما أخبر أن يكون صادقا وهذا تصريح بوجوب الدينار عليه في الحال وان كان قال له علي ّ ألف ففيه وجهان أحدهما أنه يلزمه لأنه أقر بالوجوب والأصل بقاؤه والثاني أنه لا يلزمه لأنه أقر به في زمان مضى فلا يلزمه في الحال شيء وان أقر أعجمي

(قوله فان قال نعم أو أجل) قال الجوهري قولهم أجل انما هو جواب مثل نعم قال الاخفش الا أنه أحسن من نعم في التصديق ونعم أحسن منه في الاستفهام فاذا قال أنت سوف تذهب قلت أجل وكان أحسن من نعم واذا قال أتذهب قلت نعم وكان أحسن من أجل (قوله أو لعمري) لعمري ولعمرك قسم كأنه حلف ببقائه وحياته. والعمر والعمر واحد فاذا أدخلت اللام فتحت لا غير. ومعناه في الاقرار كأنه أقسم بثبوته ولزومه عليه

بالعربية أو عربي بالعجمية ثم ادعى أنه لم يعلم ما قال فالقول قوله مع يمينه لأن الظاهر ما يدعيه

﴿ باب جامع الاقرار ﴾

اذا قال لفلان على شيء طولب بالتفسير فان امتنع عن التفسير جعل ناكلا ورد اليمين على المدعى وقضى له لأنه كالساكت عن جواب المدعى ومن أصحابنا من حكى فيه قولين أحدهما ماذكرناه والثاني أنه يحبس حتى يفسر لأنه قد أقر بالحق وامتنع من أدائه فحبس وان شهد شاهدان على رجل بمال مجهول ففيه وجهان أحدهما أنه يثبت بالحق كما يثبت بالاقرار ثم يطالب المشهود عليه كما يطالب المقر والثاني أنه لا يثبت الحق لأن البينة ما أبانت عن الحق وهذه ما أبانت عن الحق وان أقر بشيء وفسره بما قل أو كثر من المال قبل لأن اسم الشيء يقع عليه وان فسره بالخمر والخنزير أو الكلب أو السرجين أو جلد الميتة قبل الدباغ ففيه ثلاثة أوجه أحدها أنه يقبل لانه يقع عليه اسم الشيء والثاني أنه لا يقبل لأن الاقرار اخبار عما يجب ضمانه وهذه الأشياء لا يجب ضمانها والثالث أنه ان فسره بالخمر والخنزير لم يقبل لأنه لا يجب تسليمه وان فسره بالكلب والسرجين وجلد الميتة قبل الدباغ قبل لأنه يجب تسليمه وان قال غصبتك أو غصبتك ما تعلم لم يلزمه شيء لأنه قد يغصبه نفسه فيحبسه وان قال غصبتك شيئا ثم قال غصبته نفسه لم يقبل لأن الاقرار يقتضى غصب شيء منه ويطالب بتفسير الشيء

﴿ فصل ﴾ وان قال له على مال ففسره بما قل أو كثر قبل لأن اسم المال يقع عليه وان قال له على مال عظيم أو كثير قبل في تفسيره القليل والكثير لأن ما من مال الا وهو عظيم وكثير بالاضافة الى ما هو دونه ولأنه يحتمل أنه أراد به أنه عظيم أو كثير عنده لقلة ماله أو لفقر نفسه فان قال له على أكثر من مال فلان قبل في بيانه القليل والكثير لأنه يحتمل أنه يريد أنه أكثر من مال فلان لكونه من الحلال أو أكثر بقاء لكونه في ذمته

﴿ فصل ﴾ وان قال له على درهم لزمه درهم من دراهم الاسلام وهو ستة دوانق وزن كل عشرة سبعة مثاقيل فان فسره بدرهم طبرى كطبرية الشام وهو الذى فيه أربعة دوانق فان كان ذلك متصلا بالاقرار قبل منه كما لو قال له على درهم الا دانقين وان كان منفصلا نظرت فان كان الاقرار في غير الموضع الذى يتعامل فيه بالدراهم الطبرية لم يقبل كما لا يقبل الاستثناء المنفصل عن الجملة وان كان في الموضع الذى يتعامل فيه بالدراهم الطبرية ففيه وجهان أحدهما وهو المنصوص أنه يقبل لأن اطلاق الدراهم يحمل على دراهم البلد كما يحمل في البيع على دراهم البيع والثاني أنه لا يقبل ويلزمه درهم من دراهم الاسلام لأنه اخبار عن وجوب سابق بخلاف البيع فانه ايجاب في الحال فحمل على دراهم الموضع الذى يجب فيه وان قال له على درهم كبير لزمه درهم من دراهم الاسلام لانه درهم كبير في العرف فان فسره بما هو أكبر منه وهو الدرهم البغلى قبل منه لأنه يحتمل ذلك وهو غير متهم فيه وان قال له على درهم صغير أو له على درهم لزمه درهم وازن لأنه هو المعروف فان كان في البلد دراهم صغار ففسره بها قبل لأنه محتمل اللفظ وان قال له على مائة درهم عددا لزمه مائة وازنة عددها مائة لأن الدراهم تقتضى الوازنة وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما

﴿ فصل ﴾ وان قال له على دراهم ففسرها بدراهم مزيفة لا فضة فيها لم يقبل لان الدراهم لا تتناول ما لا فضة فيه وان فسرها بدراهم مغشوشة فالحكم فيها كالحكم فيمن أقر بدراهم وفسرها بالدراهم الطبرية وقد بيناه وان قال له على دراهم

(قوله على شيء) أنكر النكرات شيء لانه يجمع المعرفة والنكرة والمذكر والمؤنث والموجود والمفقود فهو أحق الكلام في التفسير (قوله ستة دوانق) جمع دانق وهو سدس الدرهم يقال دانق ودانق بفتح النون وكسرها وربما قالوا داناق كما قالوا الدرهم درهام (قوله الدرهم البغلى) وزنه ثمانية دوانق والدانق منه أربعة قراريط مشبه بالدرهم الذى يكون في يد البغل. والدرهم البغلى والشهليلى كبيران. وقال بعض المشايخ لعله أن يكون نسب الى بغلان بلد ببلخ كالنسب الى البحرين يقال فيه بحرى على الصحيح (قوله فان فسره بدراهم مزيفة) أى رديئة. قال ابن القوطية زافت الدراهم تزيف زيفا بارت. ولعله لرداءتها ودرهم زيف وزائف والجمع زيف مثل ناقص ونقص اذا لم تجز بأن تكون رصاصا أو نحاسا مغشوشا وزيفتها أنا (قوله بدراهم مغشوشة) مأخوذ من الغش بالكسر وهو ضد النصيحة وقيل مأخوذ من الغشش وهو المشرب الكدر قاله ابن الانبارى

وفسرها بسكة دون سكة دراهم البلد الذي أقر فيه ولا تنقص عنها في الوزن فالمنصوص أنه يقبل منه وقال المزني لا يقبل منه لان اطلاق الدراهم يقتضي سكة البلد كما يقتضي ذلك في البيع وهذا خطأ لأن البيع ايجاب في الحال فاعتبر الموضع الذي يجب فيه والاقرار اخبار عن وجوب سابق وذلك يختلف فرجع اليه

﴿ فصل ﴾ وان أقر بدرهم في وقت ثم أقر بدرهم في وقت آخر لزمه درهم واحد لأنه اخبار فيجوز أن يكون ذلك خبرا عما أخبر به في الاول ولهذا لو قال رأيت زيدا ثم قال رأيت زيدا لم يقتض أن يكون الثاني اخبارا عن رؤية ثانية وان قال له على درهم من ثمن ثوب ثم قال له على درهم من ثمن عبد لزمه درهمان لانه لا يحتمل أن يكون الثاني هو الاول وان قال له على درهم ودرهم لزمه درهمان لان الواو تقتضي أن يكون المعطوف غير المعطوف عليه وان قال له على درهم ودرهم ودرهم لزمه ثلاثة دراهم لما ذكرناه وان قال له على درهم فدرهم لزمه درهم واحد وان قال لامرأته أنت طالق فطالق وقعت طلقتان واختلف أصحابنا في ذلك فقال أبو على ابن خيران رحمه الله لا فرق بين المسئلتين فجعلهما على قولين ومنهم من قال يلزمه في الاقرار درهم وفي الطلاق طلقتان والفرق بينهما أن الطلاق لا يدخله التفصيل والدراهم يدخلها التفصيل فيجوز أن يريد له على درهم فدرهم خير منه وان قال له على درهم ودرهم ودرهم لزمه ثلاثة دراهم وان قال أنت طالق وطالق وطالق ولم ينو شيئا ففيه قولان أحدهما أنه يقع طلقتان والثاني أنه يقع ثلاث طلقات فنقل أبو على ابن خيران جوابه في الطلاق الى الاقرار وجعلهما على قولين ومن أصحابنا من قال يقع طلقتان في أحد القولين وفي الاقرار يلزمه ثلاثة دراهم قولا واحدا لان الطلاق يدخله التأكيد فحمل التكرار على التأكيد والاقرار لا يدخله التأكيد فحمل التكرار على العدد وان قال له على درهم فوق درهم أو درهم تحت درهم لزمه درهم واحد لانه يحتمل أن يكون فوق درهم أو تحت درهم في الجودة ويحتمل فوق درهم أو تحت درهم لي فلم يلزمه زيادة مع الاحتمال وان قال له على درهم مع درهم لزمه درهم لانه يحتمل مع درهم لي فلم يلزمه ما زاد مع الاحتمال وان قال له على درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان لان قبل وبعد تستعمل في التقديم والتأخير في الوجوب وان قال له على درهم في عشرة فان أراد الحساب لزمه عشرة لان ضرب الواحد في عشرة عشرة وان لم يرد الحساب لزمه درهم لانه يحتمل أن له على درهما مختلطا بعشرة لي وان قال له على درهم بل درهم لزمه درهم لانه لم يقر بأكثر من درهم وان قال له على درهم بل درهمان لزمه درهمان وان قال له على درهم بل دينار لزمه الدرهم والدينار والفرق بينهما أن قوله بل درهمان ليس برجوع عن الدرهم لان الدرهم داخل في الدرهمين وانما قصد الحاق الزيادة به وقوله بل دينار رجوع عن الدرهم واقرار بالدينار فلم يقبل رجوعه عن الدرهم فلزمه وقبل اقراره بالدينار فلزمه وان قال له على درهم أو دينار لزمه أحدهما وأخذ بتعيينه لانه أقر بأحدهما وان قال له على درهم في دينار لزمه الدرهم ولا يلزمه الدينار لأنه يجوز أن يكون أراد في دينار لي

﴿ فصل ﴾ وان قال له على دراهم لزمه ثلاثة دراهم لانه جمع وأقل الجمع ثلاثة وان قال دراهم كثيرة لم يلزمه أكثر من ثلاثة لأنه يحتمل أنه أرادبها كثيرة بالاضافة الى ما دونها أو أراد أنها كثيرة في نفسه وان قال له على ما بين درهم الى عشرة لزمه ثمانية لأن ما بينهما ثمانية وان قال له على من درهم الى عشرة ففيه وجهان أحدهما أنه يلزمه ثمانية لان الأول والعاشر حدان فلم يدخلا في الاقرار فلزمه ما بينهما والثاني انه يلزمه تسعة لأن الواحد أول العدد واذا قال من واحد كان ذلك اقرارا بالواحد وما بعده فلزمه والعاشر حد فلم يدخل فيه

﴿ فصل ﴾ وان قال له على كذا رجع في التفسير اليه لأنه أقر بمبهم فصار كما لو قال له على شيء وان قال له على كذا درهم لزمه درهم لأنه فسر المبهم بالدرهم وان قال له على كذا وكذا رجع في التفسير اليه لأنه أقر بمبهم وأكده بالتكرار فرجع اليه كما لو قال له على كذا وان قال له على كذا كذا درهما لزمه درهم لأنه فسر المبهم به وان قال له على كذا وكذا رجع في التفسير اليه لأنه أقر بمبهمين لأن العطف بالواو يقتضي أن يكون الثاني غير الأول فصار كما لو قال له على شيء وشيء وان قال له على كذا وكذا درهم فقد

(قوله وفسرها بسكة) السكة الحديدة المنقوشة التي يطبع عليها أي يضرب وجمعها سكك (قوله وان قال له على كذا وكذا) هو اسم مبهم الكاف للتشبيه وذا اسم اشارة تقول فعلت كذا وقد تجري مجرى كم فتنصب ما بعده على التمييز ويقول عندي له كذا وكذا درهما لأنه كالكناية

روى المزني فيه قولين أحدهما أنه يلزمه درهم والثاني يلزمه درهمان فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما أنه يلزمه درهمان لأنه ذكر مبهمين ثم فسر بالدرهم فرجع الى كل واحد منهما والثاني أنه يلزمه درهم لأنه يجوز أن يكون فسر المبهمين بالدرهم لكل واحد منهما نصف فلا يلزمه ما زاد مع الاحتمال وقال أبو اسحق وعامة أصحابنا اذا قال كذا وكذا درهما بالنصب لزمه درهمان لأنه جعل الدرهم تفسيرا فرجع الى كل واحد منهما وان قال كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم لأنه يخبر عن المبهمين بأنهما درهم وحمل القولين على هذين الحالين وقد نص الشافعي رحمه الله عليه في الاقرار والمواهب

﴿ فصل ﴾ وان قال له على ألف رجع في البيان اليه وبأي جنس من المال فسره قبل منه وان فسره بأجناس قبل منه لأنه يحتمل الجميع وان قال له على ألف ودرهم لزمه درهم ورجع في تفسير الألف اليه وقال أبو ثور يكون الجميع دراهم وهذا خطأ لأن العطف لا يقتضي أن يكون المعطوف من جنس المعطوف عليه لأنه قد يعطف الشيء على غير جنسه كما يعطف على جنسه ألا ترى أنه يجوز أن يقول رأيت رجلا وحمارا كما يجوز أن يقول رأيت رجلا ورجلا وان قال له على مائة وخمسون درهما أوله على ألف وعشرة دراهم ففيه وجهان أحدهما أنه يلزمه خمسون درهما وعشرة دراهم ويرجع في تفسير المائة والألف اليه كما قلنا في قوله ألف ودرهم والثاني أنه يلزمه مائة درهم وخمسون درهما أو ألف درهم وعشرة دراهم والفرق بينها وبين قوله ألف ودرهم أن الدرهم المعطوف على الألف لم يذكره للتفسير وانما ذكره للايجاب ولهذا يجب به زيادة على الألف والدراهم المذكورة بعد الخمسين والألف ذكرها للتفسير ولهذا لا يجب به زيادة على الخمسين والألف فجعل تفسيرا لما تقدم

﴿ فصل ﴾ واذا قال لفلان على عشرة دراهم الا درهما لزمه تسعة لأن الاستثناء لغة العرب وعادة أهل اللسان وان قال على عشرة الا تسعة لزمه ما بقي لأن استثناء الأكثر من الجملة لغة العرب والدليل عليه قوله عز وجل قال فبعزتك لأغوينهم أجمعين الا عبادك منهم المخلصين ثم قال عز وجل ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فاستثنى الغاوين من العباد وان كانوا أكثر وان قال له على عشرة الا عشرة لزمه عشرة لأن ما يرفع الجملة لا يعرف في الاستثناء فسقط وبقي المستثنى منه وان قال له على مائة درهم الا ثوبا وقيمة الثوب دون المائة لزمه الباقي لأن الاستثناء من غير جنس المستثنى منه لغة العرب والدليل عليه قوله تعالى فسجد الملائكة كلهم أجمعون الا ابليس فاستثنى ابليس من الملائكة وليس منهم. قال الشاعر

وبلدة ليس بها أنيس * الا اليعافير والا العيس

فاستثنى اليعافير والعيس من الأنيس وان لم يكن منهم وان قال له على ألف الا درهما ثم فسر الألف بجنس قيمته أكثر من درهم سقط الدرهم ولزمه الباقي وان فسره بجنس قيمته درهم أو أقل ففيه وجهان أحدهما أنه يلزمه الجنس الذي فسر به الألف ويسقط الاستثناء لأنه استثناء يرفع جميع ما أقر به فسقط وبقي المقر به كما لو قال له على عشرة دراهم الا عشرة دراهم والثاني أنه يطالب بتفسير الألف بجنس قيمته أكثر من درهم لأنه فسر اقرار المبهم بتفسير باطل فسقط التفسير لبطلانه وبقي الاقرار بالمبهم فلزمه تفسيره

﴿ فصل ﴾ وان قال هؤلاء العبيد لفلان الا واحدا طولب بالتعيين لأنه ثبت بقوله فرجع في بيانه اليه فان ماتوا الا واحدا منهم فقال الذي بقي هو المستثنى ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقبل لأنه يرفع به الاقرار فلم يقبل كما لو استثنى الجميع بقوله والثاني وهو المذهب أنه يقبل لأنه يحتمل أن يكون هو المستثنى فقبل قوله فيه ويخالف اذا استثنى الجميع بقوله لأنه رفع المقر به بقوله وههنا لم يرفع بالاستثناء الا واحدا وانما سقط في الباقي بالموت فصار كما لو أعتق واحدا منهم ثم ماتوا الا واحدا وان قتل الجميع الا واحدا فقال الذي بقي هو المستثنى قبل وجها واحدا لأنه لا يسقط حكم الاقرار لأن المقر له يستحق قيمة المقتولين وان قال

(قوله الاستثناء) مأخوذ من الثني وهو الكف والرد يقال حلف يمينا لا ثني فيها ولا مثنوية. وقيل انه مأخوذ من أثناء الحبل وهي اعطافه كأنه رجوع عن الشيء وانعطاف الى غيره (قوله وعادة أهل اللسان) أي أهل الفصاحة . واللسن بالتحريك الفصاحة وقد لسن بالكسر فهو لسن وألسن وقوله في بيت الشعر

وبلدة ليس بها أنيس * الا اليعافير والا العيس

أي رب بلدة الواو بمعنى رب. واليعافير جمع يعفور وهو ولد الظبية وولد البقرة الوحشية. وقال بعضهم اليعافير تيوس الظباء والعيس الابل البيض واحدها أعيس والانثى عيساء بينة العيس، وهو استثناء منقطع معناه الذي يقوم مقام الأنيس اليعافير والعيس

غصبت من فلان هؤلاء العبيد الا واحدا منهم ثم ماتوا الا واحدا منهم وقال المستثنى هو الذى بقى قبل وجها واحدا لأنه لا يسقط حكم الاقرار لأن المقر له بهم يستحق قيمتهم بالموت

﴿ فصل ﴾ وان قال هذه الدار لفلان الا هذا البيت لم يدخل البيت فى الاقرار لأنه استثناه وان قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لى قبل لأنه أخرج بعض ما دخل فى الاقرار بلفظ متصل وصار كما لو استثناه بلفظ الاستثناء

﴿ فصل ﴾ وان قال له هذه الدار هبة سكنى أو هبة عارية لم يكن اقرارا بالدار لأنه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل فى أوله و بقى البعض فصار كما لو أقر بجملة واستثنى بعضها وله أن يمنعه من سكناها لأنها هبة منافع لم يتصل بها القبض فجاز له الرجوع فيها

﴿ فصل ﴾ وان أقر رجل بمال فى ظرف بأن قال له عندى زيت فى جرة أو تبن فى غرارة أو سيف فى غمد أو فص فى خاتم لزمه المال دون الظرف لأن الاقرار لم يتناول الظرف و يجوز أن يكون المال فى ظرف للمقر وان قال له عندى جرة فيها زيت أو غرارة فيها تبن أو غمد فيه سيف أو خاتم عليه فص لزمه الظرف دون ما فيه لانه لم يقر الا بالظرف و يجوز أن يكون ما فيه للمقر وان قال له عندى خاتم لزمه الخاتم والفص لأن اسم الخاتم يجمعهما وان قال له عندى ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه ومن أصحابنا من قال ان كان الطراز مركبا على الثوب بعد النسج ففيه وجهان أحدهما ما ذكرناه والثانى أنه لا يدخل فيه لأنه متميز عنه وان قال له فى يدى دار مفروشة لزمه الدار دون الفرش لأنه يجوز أن تكون مفروشة بفرش للمقر وان قال له عندى فرس عليه سرج لزمه الفرس دون السرج وان قال له عندى عبد وعليه ثوب لزمه تسليم العبد والثوب والفرق بينهما أن العبد له يد على الثوب وما فى يد العبد لمولاه والفرس لا يد له على السرج

﴿ فصل ﴾ وان قال لفلان على ألف درهم ثم أحضر ألفا وقال هى التى أقررت بها وهى وديعة فقال المقر له هذه وديعة لى عنده والألف التى أقر بها دين لى عليه غير الوديعة ففيه قولان أحدهما أنه لا يقبل قوله لأن قوله على اخبار عن حق واجب عليه فاذا فسر بالوديعة فقد فسر بما لا يجب عليه فلم يقبل والثانى أنه يقبل لأن الوديعة عليه ردها وقد يجب عليه ضمانها اذا تلفت وان قال له على ألف فى ذمتى ثم فسر ذلك بالألف التى هى وديعة عنده وقال المقر له بل هى دين لى فى ذمته غير الوديعة فان قلنا فى التى قبلها انه لا يقبل قوله فيها فههنا أولى أن لا يقبل وان قلنا يقبل هناك قوله ففى هذه وجهان أحدهما أنه لا يقبل وهو الصحيح لأن الألف التى أقر بها فى الذمة والعين لا تثبت فى الذمة والثانى أنه يقبل لأنه يحتمل أنها فى ذمتى لأنى تعديت فيها فيجب ضمانها فى ذمتى وان قال له على ألف ثم قال هى وديعة كانت عندى وظننت أنها باقية وقد هلكت لم يقبل قوله لأن الاقرار يقتضى وجوب ردها أو ضمانها والهالكة لا يجب ردها ولا ضمانها فلم يصح تفسير الاقرار بها

﴿ فصل ﴾ وان قال له على ألف درهم وديعة دينا لزمه الألف لأن الوديعة قد يتعدى فيها فتصير دينا وان قال له على ألف درهم عارية لزمه ضمانها لأن اعارة الدراهم تصح فى أحد الوجهين فيجب ضمانها وفى الوجه الثانى لا تصح اعارتها فيجب ضمانها لان ما وجب ضمانه فى العقد الصحيح وجب ضمانه فى العقد الفاسد

﴿ فصل ﴾ وان قال له فى هذا العبد ألف درهم أوله من هذا العبد ألف درهم ثم قال أردت أنه وزن فى ثمنه ألف درهم ووزنت أنا ألف درهم فى صفقة واحدة كان ذلك اقرارا بنصفه وان قال اشترى ثلثه أو ربعه بألف فى عقد واشتريت أنا الباقى بألف فى عقد آخر قبل قوله لان اقراره مبهم وما فسر به محتمل والعبد فى يده فقبل قوله فيه وان قال جنى عليه العبد جناية أرشها ألف درهم قبل قوله وله أن يبيع العبد و يدفع اليه الأرش وله أن يفديه وان قال وصى له من ثمنه بألف درهم بيع

(قوله فص فى خاتم) بفتح الفاء والعامة تكسره والجمع فصوص. وفى الخاتم ثلاث لغات: خاتم بالفتح وخاتم بالكسر وخاتام ومنهم من زاد لغة رابعة فقال خيتام (قوله ثوب مطرز) أى معلم والطراز علم الثوب فارسى معرب وقد طرزت الثوب فهو مطرز والطراز الهيئة قال حسان

بيض الوجوه كريمة أحسابهم ❁ شم الأنوف من الطراز الاول

أى من النمط الاول (قوله مبهم) معنى المبهم فى الاقرار وغيره الذى خفى معناه ولم يعلم. واستبهم الشىء خفى ومنه سميت البهيمة لاستعجامها . والليل البهيم الذى يخفى ما فيه. وأسود بهيم لا بياض فيه

ودفع اليه من ثمنه ألف درهم فان أراد أن يدفع اليه ألفا من ماله لم يجز لان بالوصية يتعين حقه فى ثمنه وان قال العبد مرهون عنده بألف ففيه وجهان أحدهما أنه لا يقبل لان حق المرتهن فى الذمة لا فى العين والثانى وهو الصحيح أنه يقبل لان المرتهن متعلق حقه بالذمة والعين

﴿فصل﴾ وان قال له فى ميراث أبى ألف درهم لزمه تسليم ألف اليه وان قال له فى ميراثى من أبى ألف درهم ثم قال أردت هبة قبل منه لأنه أضاف الميراث الى نفسه فلا ينتقل ماله الى غيره الا من جهته وان قال له فى هذا المال ألف درهم لزمه وان قال له فى مالى هذا ألف درهم لم يلزمه لأن ماله لا يصير لغيره باقراره

﴿فصل﴾ واذا قال لفلان على ألف درهم من ثمن مبيع لم أقبضه لم يلزمه تسليم الألف لان الاصل أنه لم يقبض المبيع فلا يلزمه تسليم ما فى مقابلته وان قال له على ألف درهم ثم قال بعد ذلك من ثمن مبيع لم أقبضه لم يقبل لأنه لزمه الالف باقراره فلم يقبل قوله فى اسقاطه

﴿فصل﴾ وان أقر بحق و وصله بما يسقطه بأن أقر بأنه تكفل بنفس أو مال على أنه بالخيار أو أقر أن عليه لفلان ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير أو لفلان عليه ألف درهم قضاها ففيه قولان أحدهما أنه يلزمه ما أقر به ولا يقبل ما وصله به لانه يسقط ما أقر به فلم يقبل كما لو قال له على عشرة الا عشرة والثانى انه لا يلزمه الحق لأنه يحتمل ما قاله فصار كما لو قال له على ألف الا خمسمائة وان قال له على ألف درهم مؤجلة ففيه طريقان من أصحابنا من قال هى على القولين لأن التأجيل كالقضاء ومنهم من قال يقبل قولا واحدا لأن التأجيل لا يسقط الحق وانما يؤخره فهو كاستثناء بعض الجملة بخلاف القضاء فانه يسقطه

﴿فصل﴾ وان قال هذه الدار لزيد بل لعمرو أو قال غصبتها من زيد لا بل من عمرو حكم بها لزيد لأنه أقر له بها ولا يقبل قوله لعمرو لأنه رجوع عن الاقرار لزيد وهل يلزمه أن يغرم قيمتها لعمرو فيه قولان أحدهما أنه لا يلزمه لان العين قائمة فلا يستحق قيمتها والثانى أنه يلزمه وهو الصحيح لأنه حال بينه و بين ماله فلزمه ضمانه كما لو أخذ ماله ورمى به فى البحر فان قال غصبت هذا من أحد هذين الرجلين طولب بالتعيين فان عين أحدهما فان قلنا انه اذا أقر به لاحدهما بعد الآخر غرم للثانى حلف لأنه اذا نكل غرم له وان قلنا انه لا يغرم للثانى لم يحلف لانه لا فائدة فى تحليفه لأنه اذا نكل لم نقض عليه بشئ وان كان فى يده دار فقال غصبتها من زيد وملكها لعمرو حكم بها لزيد لأنها فى يده فقبل اقراره بها ولا يقبل قوله ان ملكها لعمرو لانه اقرار فى حق غيره ولا يغرم لعمرو شيئا لأنه لم يكن منه تفريط لانه يجوز أن يكون ملكها لعمرو وهى فى يد زيد باجارة أو رهن أو غصبها منه فأقر بها على ماهى عليه فأما اذا قال هذه الدار ملكها لعمرو وغصبها من زيد ففيه وجهان أحدهما انها كالمسألة قبلها اذ لا فرق بين أن يقدم ذكر الملك و بين أن يقدم ذكر الغصب والثانى انها تسلم الى زيد وهل يغرم لعمرو على قولين كما لو قال هذه الدار لزيد لا بل لعمرو

﴿فصل﴾ وان أقر رجل على نفسه بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه فان كان المقر به صغيرا أو مجنونا ثبت نسبه لأنه أقر له بحق فثبت كما لو أقر له بمال فان بلغ الصبى أو أفاق المجنون وانكر النسب لم يسقط النسب لانه نسب حكم بثبوته فلم يسقط برده وان كان المقر به بالغا عاقلا لم يثبت الا بتصديقه لان له قولا صحيحا فاعتبر تصديقه فى الاقرار كما لو أقر له بمال وان كان المقر به ميتا فان كان صغيرا أو مجنونا ثبت نسبه لانه يقبل اقراره به اذا كان حيا فقبل اذا كان ميتا وان كان عاقلا بالغا ففيه وجهان أحدهما أنه لا يثبت لأن نسب البالغ لا يثبت الا بتصديقه وذلك معدوم بعد الموت والثانى أنه يثبت وهو الصحيح لانه ليس له قول فثبت نسبه بالاقرار كالصبى والمجنون وان أقر بنسب بالغ عاقل ثم رجع عن الاقرار وصدقه المقر له فى الرجوع ففيه وجهان احدهما انه يسقط النسب وهو قول أبى على الطبرى رحمه الله كما لو أقر له بمال ثم رجع فى الاقرار وصدقه المقر له فى الرجوع والثانى وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله انه لا يسقط لان النسب اذا ثبت لا يسقط بالاتفاق على نفيه كالنسب الثابت بالفراش

﴿فصل﴾ وان مات رجل وخلف ابنا فأقر على أبيه بنسب فان كان لا يرثه بأن كان عبدا أو قاتلا أو كافرا والأب مسلم لم يقبل اقراره لأنه لا يقبل اقراره عليه بالمال فلا يقبل اقراره عليه فى النسب كالأجنبى وان كان يرثه فأقر عليه بنسب لو أقر به الأب لحقه فان كان قد نفاه الأب لم يثبت لانه يحمل عليه نسبا حكم ببطلانه وان لم ينفه الأب ثبت النسب باقراره لما روت عائشة رضى الله عنها قالت

اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ابن أمة زمعة فقال سعد بن أبي وقاص أوصاني أخي عتبة اذا قدمت مكة أن انظر الى ابن أمة زمعة واقبضه فانه ابنه وقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر وان مات وله ابنان فأقر أحدهما بنسب ابن وأنكر الآخر لم يثبت لأن النسب لا يتبعض فاذا لم يثبت في حق أحدهما لم يثبت في حق الآخر ولا يشاركهما في الميراث لأن الميراث فرع على النسب والنسب لم يثبت فلم يثبت الارث وان أقر أحد الابنين بزوجة لأبيه وأنكر الآخر ففيه وجهان أحدهما أنه لا تشارك بحصتها من حق المقر كما لا يشارك الابن اذا اختلف الوارثان في نسبه والثانى أنها تشارك بحصتها من حق المقر لأن المقر به حقها من الارث لأن الزوجية زالت بالموت وان مات وخلف بنتا فأقرت بنسب أخ لم يثبت النسب لانها لا ترث جميع المال فان أقر معها الامام ففيه وجهان أحدهما أنه يثبت لان الامام نافذ الاقرار في مال بيت المال والثانى أنه لا يثبت لانه لا يملك المال بالارث وانما يملكه المسلمون وهم لا يتعينون فلم يثبت النسب وان مات رجل وخلف ابنين عاقلا ومجنونا فأقر العاقل بنسب ابن آخر لم يثبت النسب لأنه لم يوجد الاقرار من جميع الورثة فان مات المجنون قبل الافاقة فان كان له وارث غير الأخ المقر قام وارثه مقامه في الاقرار وان لم يكن له وارث غيره ثبت النسب لأنه صار جميع الورثة فان خلف الميت ابنين فأقر أحدهما بنسب صغير وأنكر الآخر ثم مات المنكر فهل يثبت النسب فيه وجهان أحدهما أنه يثبت نسبه لأن المقر صار جميع الورثة والثانى أنه لا يثبت نسبه لان تكذيب شريكه يبطل الحكم بنسبه فلم يثبت النسب كما لو أنكر الأب نسبه في حياته ثم أقر به الوارث وان مات رجل وخلف ابنا وارثا فأقر بابن آخر بالغ عاقل وصدقه المقر له ثم أقر ابن ثالث ثبت نسب الثالث فان قال الثالث ان الثانى ليس بأخ لنا ففيه وجهان أحدهما أنه لا يسقط نسب الثانى لأن الثالث ثبت نسبه باقرار الأول والثانى فلا يجوز أن يسقط نسب الأصل بالفرع والثانى أنه يسقط نسبه وهو الأظهر لأن الثالث صار ابنا فاعتبر اقراره في ثبوت نسب الثانى وان أقر الابن الوارث بأخوين في وقت واحد فصدق كل واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما وميراثهما وان كذب كل واحد منهما صاحبه لم يثبت نسب واحد منهما وان صدق أحدهما صاحبه وكذبه الآخر ثبت نسب المصدق دون المكذب وان أقر الابن الوارث بنسب أحد التوأمين ثبت نسبهما وان أقر بهما وكذب أحدهما الآخر لم يؤثر التكذيب في نسبهما لانهما لا يفترقان في النسب

﴿فصل﴾ وان كان بين المقر وبين المقر به واحد وهو حي لم يثبت النسب الا بتصديقه وان كان بينهما اثنان أو أكثر لم يثبت النسب الا بتصديق من بينهما لان النسب يتصل بالمقر من جهتهم فلا يثبت الا بتصديقهم

﴿فصل﴾ وان كان المقر به لا يحجب المقر عن الميراث ورث معه ما يرثه كما اذا أقر به الموروث وان كان يحجب المقر مثل أن يموت الرجل ويخلف أخا فيقر الاخ بابن للميت أو يخلف الميت أخا من أب فيقر بأخ من الأب والأم ثبت له النسب ولم يرث لانا لو أثبتنا له الارث أدى ذلك الى اسقاط ارثه لان توريثه يخرج المقر عن أن يكون وارثا واذا خرج عن أن يكون وارثا بطل اقراره وسقط نسبه وميراثه فأثبتنا النسب وأسقطنا الارث وقال أبو العباس يرث المقر به ويحجب المقر لأنه لو كان حجبه يسقط اقراره لأنه اقرار من غير وارث لوجب أن لا يقبل اقرار ابن بابن آخر لأنه اقرار من بعض الورثة والنسب لا يثبت باقرار بعض الورثة وهذا خطأ لأنه انما يقبل اذا صدقه المقر به فيصير الاقرار من جميع الورثة

(قوله وابن وليدة أبي) الوليدة الجارية قال حسان ٭ وتغدو ولائدهم لنقف الحنظل ٭ (قوله الولد للفراش) أي لمالك الفراش وهو الزوج أو لمالك الأمة لانه يفترشها بالحق وهذا من مختصر الكلام وهو على حذف مضاف كقوله تعالى واسأل القرية أي أهل القرية. والفراش الزوجة يقال افترش فلان فلانة اذا تزوجها ويقال لامرأة الرجل هي فراشه وازاره ولحافه (قوله وللعاهر الحجر) العاهر الزاني يقال عهر الرجل المرأة يعهر عهرا اذا أتاها بفجور. والعهر الزنا وفي الحديث اللهم أبدله بالعهر العفة. ومعنى وللعاهر الحجر أي لاشيء له في نسب الولد وانما يستحق الحجر الذي لا ينتفع به أو يرمى بالحجر ويطرد وقول من قال انه يرجم الحد بالحجر ليس بشيء لأنه ليس كل زان يجب رجمه وهذا كما قالوا في معنى له التراب أي لاشيء له. وروى أن أبا العيناء ولد له ولد وكان أعمى فأتاه الناس يهنئونه به فأتى الجاز في جملتهم فوضع بين يديه حجرا ومضى فتكلم بذلك فقال أتدرون ما أراد لعنه الله قالوا لا قال أراد قول النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر

﴿فصل﴾ وان وصى لمريض بأبيه فقبله ومات عتق ولم يرث لأن توريثه يؤدى الى اسقاط ميراثه وعتقه لأن عتقه فى المرض وصية وتوريثه يمنع من الوصية والمنع من الوصية يوجب بطلان عتقه وارثه فثبت العتق وسقط الارث وان أعتق موسر جارية فى مرضه وتزوجها ومات من مرضه لم ترثه لان توريثها يبطل عتقها وميراثها لان العتق فى المرض وصية والوصية للوارث لا تصح واذا بطل العتق بطل النكاح واذا بطل النكاح سقط الارث فثبت العتق وسقط الارث وان أعتق عبدين وصارا عدلين وادعى رجل على المعتق أن العبدين له وشهد العبدان بذلك لم تقبل شهادتهما لان قبول شهادتهما يؤدى الى ابطال الشهادة لانه يبطل بها العتق فاذا بطل العتق بطلت الشهادة

﴿فصل﴾ وان مات رجل وخلف أخاه فقدم رجل مجهول النسب وقال أنا ابن الميت فالقول قول الأخ مع يمينه لان الأصل عدم النسب فان نكل وحلف المدعى فان قلنا ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالاقرار لم يرث كما لا يرث اذا أقر به وان قلنا انه كالبينة ورث كما يرث اذا أقام البينة

﴿فصل﴾ واذا مات رجل ولا يعلم له وارث فجاء رجل وادعى أنه وارثه لم تسمع الدعوى حتى يبين سبب الارث لجواز أن يعتقد أنه وارث بسبب لا يورث به ولا يقبل قوله حتى يشهد له شاهدان من أهل الخبرة بحاله ويشهدان أنه وارثه ولا نعلم له وارثا سواه ويبينان سبب الارث كما يبين المدعى فاذا شهدا على ما ذكرناه حكم به لان الظاهر مع هذه الشهادة أنه لا وارث له غيره وان لم يكونا من أهل الخبرة أو كانا من أهل الخبرة ولكنهما لم يقولا ولا نعلم له وارثا سواه نظرت فان كان المشهود له ممن له فرض لا ينقص أعطى اليقين فيعطى الزوج ربعا عائلا والزوجة ثمنا عائلا ويعطى الأبوان كل واحد منهما سدسا عائلا وان كان ممن ليس له فرض وهو من عدا الزوجين والأبوين بعث الحاكم الى البلاد التى دخلها الميت فان لم يجدوا وارثا توقف حتى تمضى مدة لو كان له وارث ظهر وان لم يظهر غيره فان كان الوارث ممن لا يحجب بحال كالأب والابن دفعت التركة كلها اليه لأن البحث مع هذه الشهادة بمنزلة شهادة أهل الخبرة ويستحب أن يؤخذ منه كفيل بما يدفع اليه وان كان المشهود له ممن يحجب كالجد والأخ والعم ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق أنه لا يدفع اليه الا النصيب لانه يجوز أن يكون له وارث يحجبه فلم يدفع اليه أكثر منه والثانى وهو المذهب أنه يدفع اليه الجميع لان البحث مع هذه البينة بمنزلة شهادة أهل الخبرة وهل يستحب أخذ الكفيل أو يجب فيه وجهان أحدهما أنه يستحب والثانى أنه واجب

﴿فصل﴾ وان كان لرجل أمتان ولكل واحدة منهما ولد ولا زوج لواحدة منهما ولا أقر المولى بوطء واحدة منهما فقال أحد هذين الولدين ابنى من أمتى طولب بالبيان فان عين أحدهما لحقه نسبه وحكم بحريته ثم يسأل عن الاستيلاد فان قال استولدتها فى ملكى فالولد حر لا ولاء عليه لأنه لم يمسه رق وأمه أم ولد وان قال استولدتها فى نكاح عتق الولد بالملك وعليه الولاء لأنه مسه الرق وأمه مملوكة لأنها علقت منه بمملوك وترق الأمة الاخرى وولدها وان ادعت انها هى التى استولدها فالقول قول المولى مع يمينه لان الاصل عدم الاستيلاد وان مات قبل البيان وله وارث يحوز ميراثه قام مقامه فى البيان لأنه يقوم مقامه فى الحاق النسب وغيره فان لم يعلم الوارث جهة الاستيلاد ففيه وجهان أحدهما أن الأمة لا تصير أم ولد لأن الاصل الرق فلا يزال بالاحتمال والثانى وهو المنصوص أنها تكون أم ولد لأن الظاهر من ولده منها أنه استولدها فى ملكه وان لم يكن له وارث أو كان له وارث ولكنه لم يعين الولد عرض الولدان على القافة فان ألحقت به أحد الولدين ثبت نسبه ويكون الحكم فيه كالحكم فيه اذا عينه الوارث وان لم تكن قافة أو كانت ولم تعرف أو ألحقت الولدين به سقط حكم النسب لتعذر معرفته وأقرع بينهما لتمييز العتق لأن القرعة لها مدخل فى تمييز العتق فان خرجت القرعة على أحدهما عتق ولا يحكم لواحد منهما بالارث لانه لم يتعين وهل يوقف ميراث ابن فيه وجهان أحدهما أنه يوقف وهو قول المزنى رحمه الله لانا نتيقن أن أحدهما ابن وارث والثانى انه لا يوقف لأن الشىء انما يوقف اذا رجى انكشافه وههنا لا يرجى انكشافه

﴿فصل﴾ وان كان له أمة ولها ثلاثة أولاد ولا زوج لها ولا أقر المولى بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدى أخذ بالبيان فان عين الاصغر ثبت نسبه وحريته ثم يسأل عن جهة الاستيلاد فان قال استولدتها فى ملكى فالولد حر لا ولاء عليه والجارية أم ولد والولد الاكبر والاوسط مملوكان وان قال استولدتها فى نكاح ثم ملكتها فقد عتق الولد بالملك وعليه الولاء لانه مسه الرق وأمه أمة قن

والأكبر والأوسط مملوكان وان عين الأوسط تعين نسبه وحريته ويسأل عن استيلاده فان قال استولدتها في ملكي فالولد حر الأصل وأمه أم ولد وأما الأصغر فهو ابن أم ولد وثبت لها حرمة الاستيلاد وهل يعتق بموته كأمه فيه وجهان أحدهما أنه يعتق لأنه ولد أم ولده والثاني أنه عبد قن لا يعتق بعتق أمه لجواز أن يكون عبدا قنا بأن أحبل أمه وهي مرهونة فثبت لها حرمة الاستيلاد فتباع على أحد القولين واذا ملكها بعد ذلك صارت أم ولده وولده الذي اشتراه معها عبد قن فلا يعتق مع الاحتمال وان قال استولدتها في نكاح عتق الولد بالملك وعليه الولاء لانه مسه الرق وأمه أمة قن والولدان الآخران مملوكان وان عين الأكبر تعين نسبه وحريته ويسأل عن الاستيلاد فان قال استولدتها في ملكي فهو حر الأصل وأمه أم ولد والاوسط والاصغر على الوجهين وان قال استولدتها في نكاح فالولد حر وعليه الولاء والأمة قن والاوسط والاصغر مملوكان وان مات قبل البيان وخلف ابنا يحوز الميراث قام مقامه في التعيين فان عين كان الحكم فيه على ماذكرناه في الموروث اذا عين وان لم يكن له ابن أو كان له ولم يعين عرض على القافة فان عينت القافة كان الحكم على ماذكرناه وان لم تكن قافة أو كانت وأشكل عليها أقرع بينهم لتمييز الحرية لانها تتميز بالقرعة فان خرجت على أحدهما حكم بحريته ولا يثبت النسب لان القرعة لا يتميز بها النسب وأما الأمة فانه يبحث عن جهة استيلادها فان كانت في ملكه فهي أم ولده وان كان في نكاح فهي أمة قن وان لم يعرف فعلى ماذكرناه من الوجهين فلا يرث الابن الذي لم يتعين نسبه وهل يوقف له نصيب ابن أو يعطى الابن المعروف النسب حقه فيه وجهان أحدهما يوقف له ميراث ابن وهو قول المزني رحمه الله والثاني وهو المذهب أنه لا يوقف له شيء بل تدفع التركة الى المعروف النسب وقد بينا ذلك فيما تقدم

﴿ فصل ﴾ وان مات رجل وخلف ابنين فأقر أحدهما على أبيه بدين وأنكر الآخر نظرت فان كان المقر عدلا جاز أن يقضى بشهادته مع شاهد آخر أو مع امرأتين أو مع يمين المدعي وان لم يكن عدلا حلف المنكر ولم يلزمه شيء وأما المقر ففيه قولان أحدهما أنه يلزمه جميع الدين في حصته لان الدين قد يتعلق ببعض التركة اذا هلك بعضها كما يتعلق بجميعها فوجب قضاؤه من حصة المقر والقول الثاني وهو الصحيح أنه لا يلزمه من الدين الا بقدر حصته لأنه لو لزمه بالاقرار جميع الدين لم تقبل شهادته بالدين لانه يدفع بهذه الشهادة عن نفسه ضررا والله أعلم

تم الكتاب بحمد الله وعونه والحمد لله أولا وآخرا وظاهرا وباطنا والحمد لله وحده وصلاته على محمد خير خلقه وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا طيبا مباركا

﴿ وجد بالنسخة المصحح عليها ماصورته ﴾

وكان الفراغ من نساخته عشية الخميس وقت أذان العصر الرابع والعشرين من شهر القعدة أحد شهور سنة ستين وسبعمائة للهجرة النبوية على صاحبها أفضل الصلاة والسلام غفر الله لكاتبه ولصاحبه وللناظر فيه ولمن دعا لهم بالمغفرة ولجميع المسلمين انه هو الغفور الرحيم والحمد لله رب العالمين

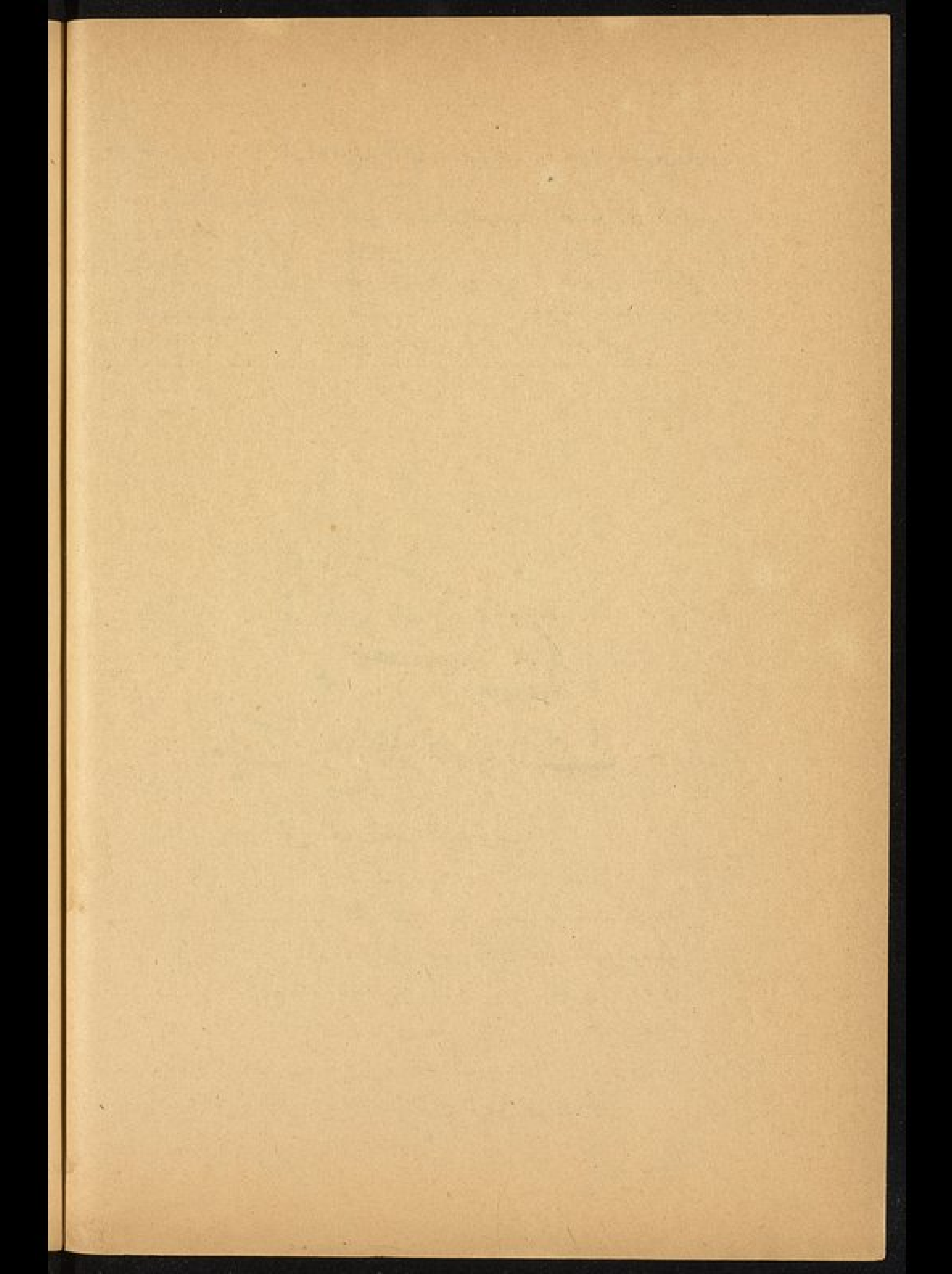


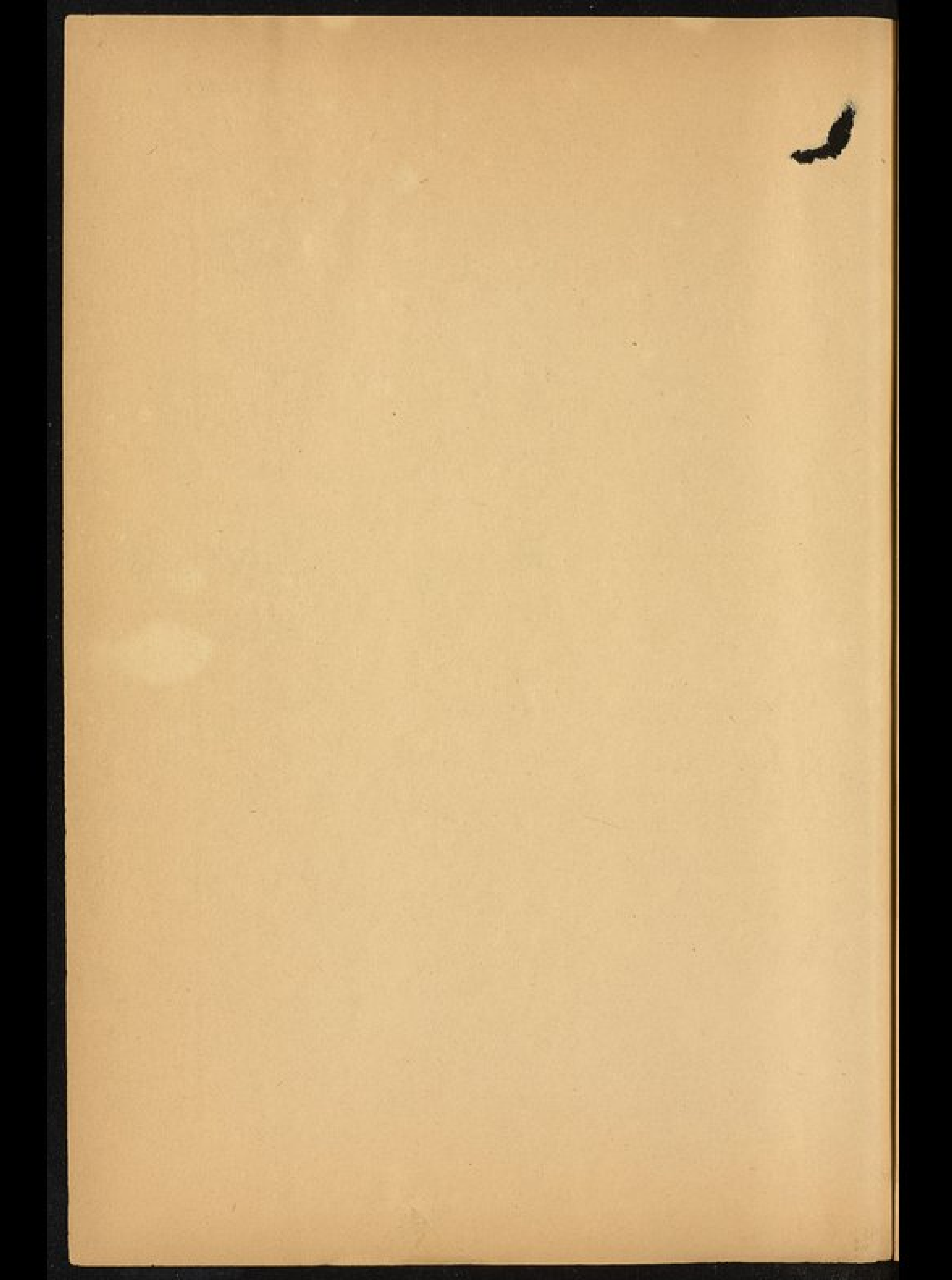
﴿ فهرست الجزء الثاني من كتاب المهذب ﴾

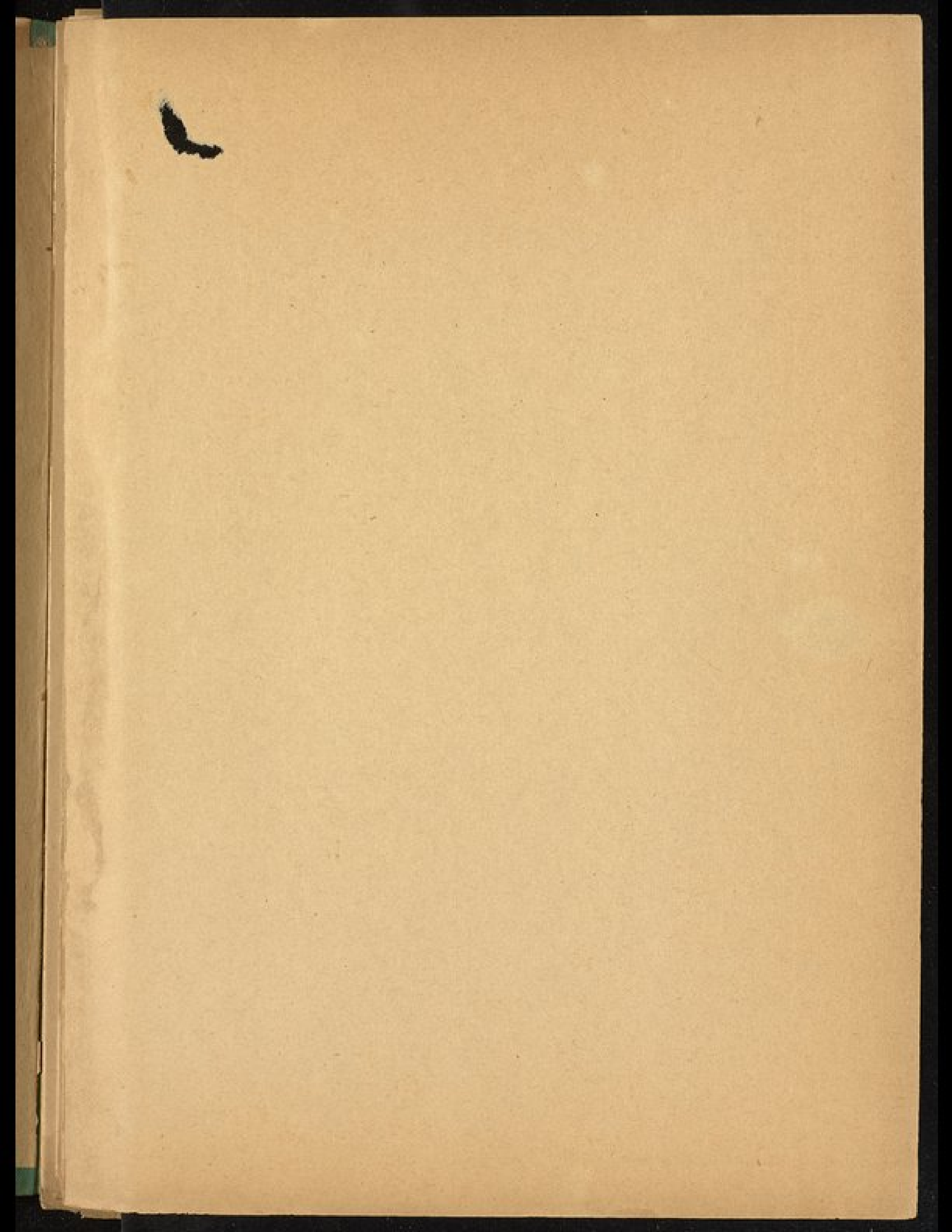
صفحة

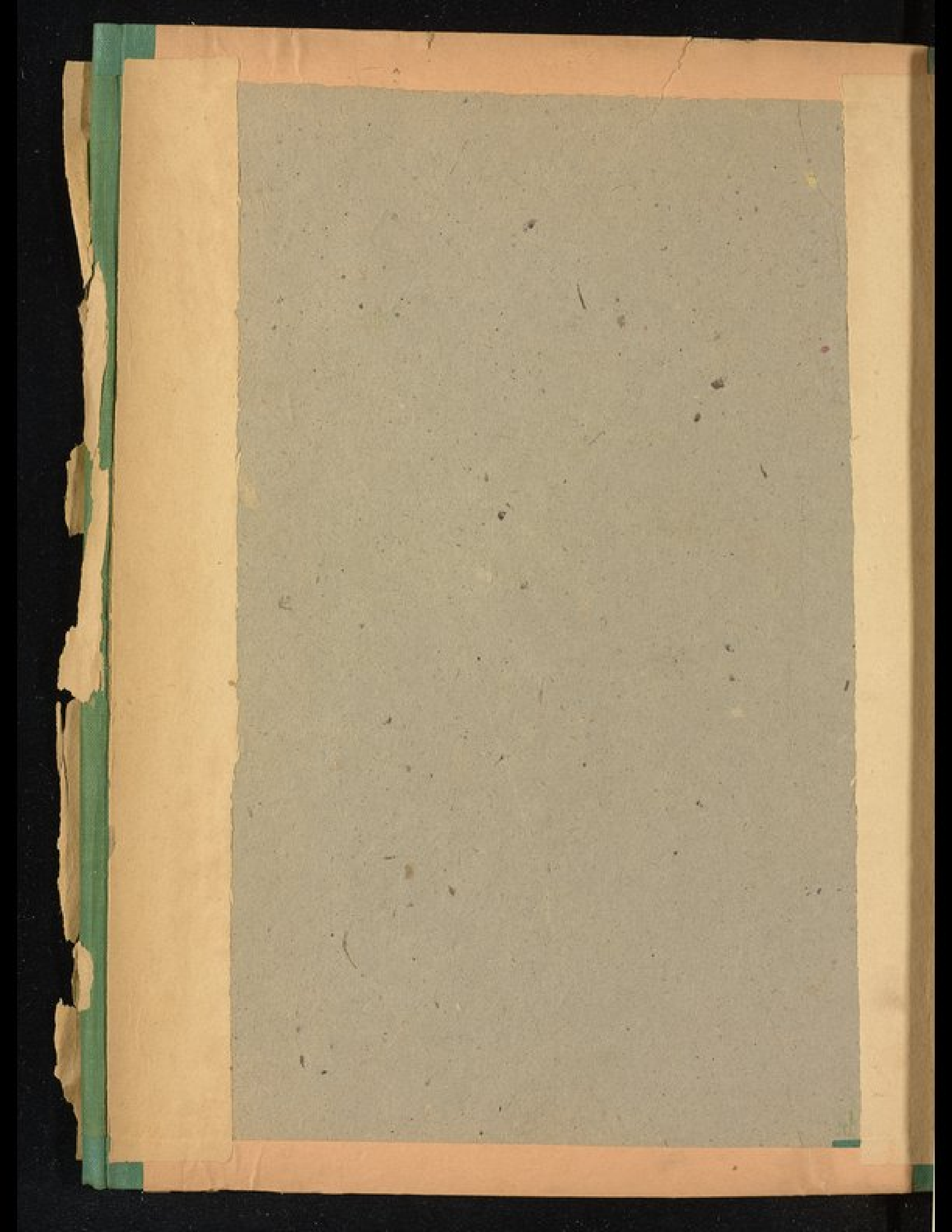


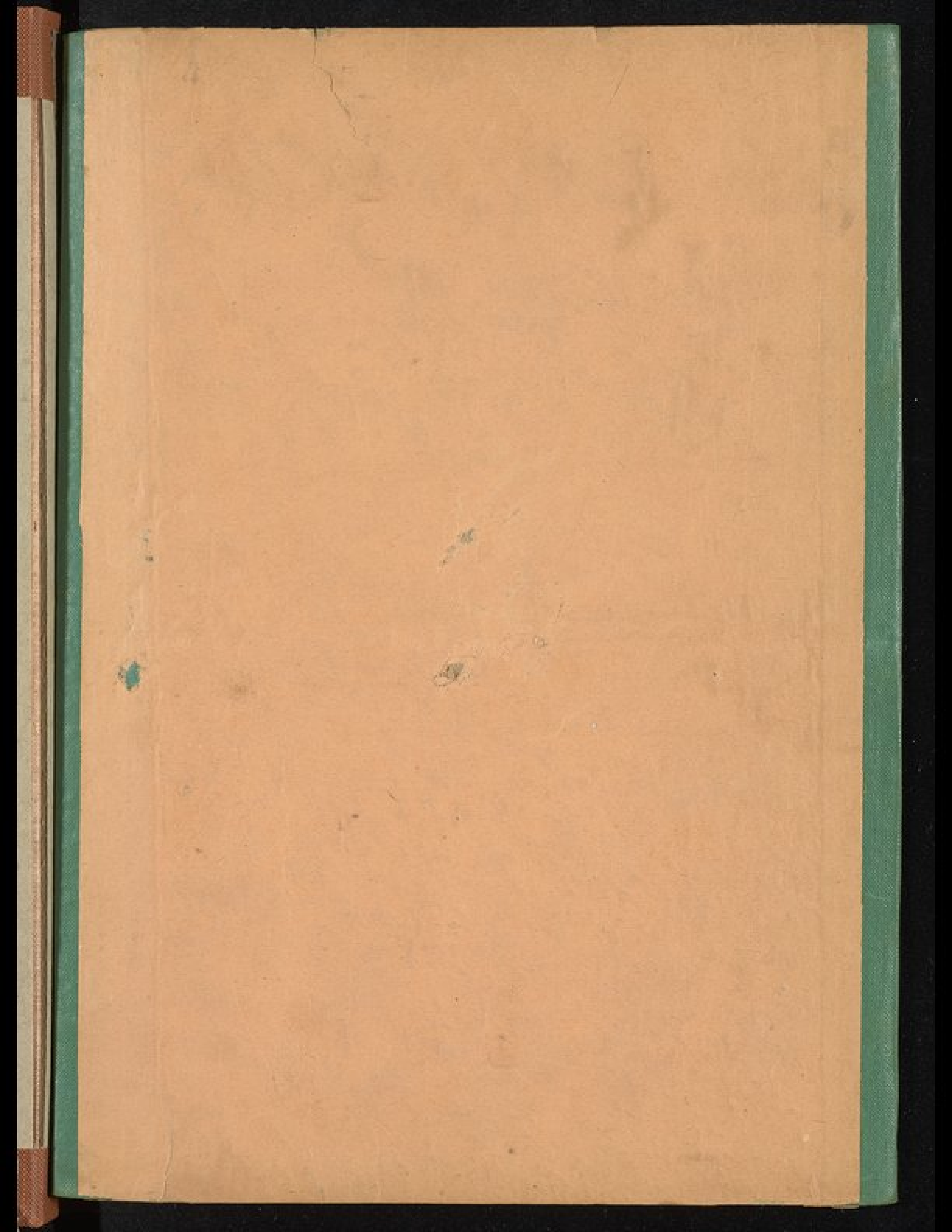
تمت












COLUMBIA UNIVERSITY LIBRARIES
0036759040

